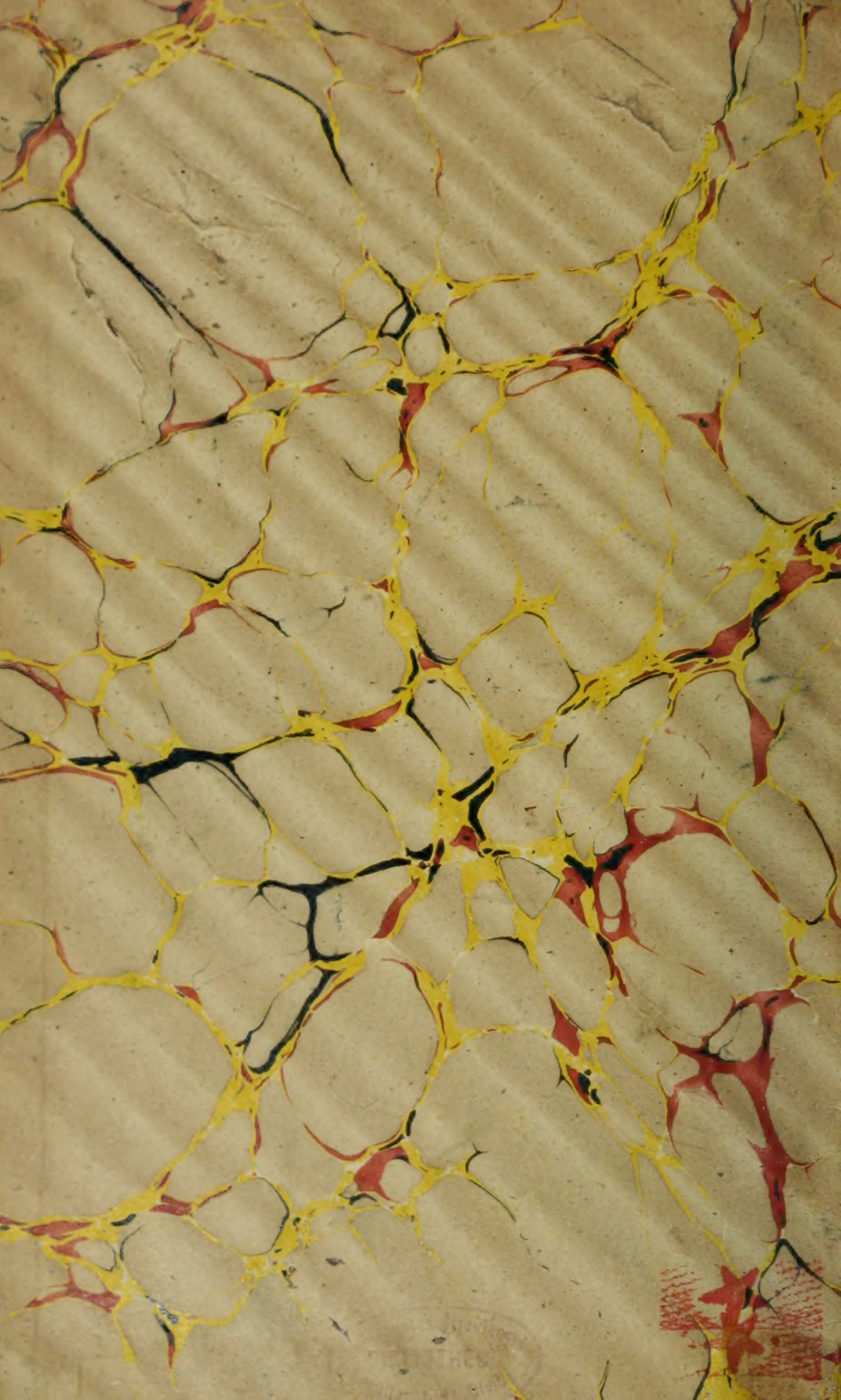







UNIVERSITAS
O. M. I.
OTTAWIENSIS

COURS

DE

CODE NAPOLÉON

I

VI. — PARIS, TYPOGRAPHIE A. LAHURE
Rue de Fleurus, 9.

TRAITÉ

DE LA PUBLICATION

DES EFFETS ET DE L'APPLICATION

DES LOIS EN GÉNÉRAL

—

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

—

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

—

DU DOMICILE

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

PARIS
IMPRIMERIE GÉNÉRALE, A. LAHURE ÉDITEUR
RUE DE FLEURUS, 9

PEDONE LAURIEL
LIBRAIRE
RUE SOUFFLOT, 13

HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

COSSE, MARCHAL ET BILLARD
PLACE DAUPHINE, 27

1880

PRÉFACE.

A quelles conditions un cours de Code Napoléon doit-il aujourd'hui satisfaire?

Je vais, en peu de mots, les dire telles que je les conçois, telles que je me suis efforcé de les remplir.

Un cours est une œuvre d'enseignement; et je n'aurais pas été fidèle à mon titre, si je ne m'étais pas appliqué à faire, avant tout, un livre doctrinal et didactique. Je me suis donc demandé, sur chaque sujet, après l'avoir considéré dans son ensemble, de quelle manière je voudrais qu'il me fût exposé à moi-même, si je n'en avais encore aucune notion; et j'ai dû dès lors prendre toujours pour point de départ les règles premières et essentielles, les principes, les éléments enfin de la science.... les éléments! les principes! cette base nécessaire de toute étude sérieuse et solide. Aussi, ma constante préoccupation est-elle de les bien poser, de les mettre en relief, de les discipliner surtout et de les classer dans l'ordre qui me paraît le plus clair et le plus rationnel, avec cet enchaînement méthodique qui en fait la puissance et la vérité.

Sans nier assurément ce qu'il y a d'incontestable dans la différence qu'on a toujours faite entre les livres élémentaires et les livres approfondis, il ne me semble pas néanmoins que cette différence soit, de tous points, exacte et absolue ; je ne crois pas qu'une œuvre scientifique puisse être approfondie, si elle n'est pas aussi élémentaire, dans le sens élevé et philosophique de ce mot, ni qu'elle puisse être utilement élémentaire, si elle n'est point, à certains égards, approfondie, c'est-à-dire si elle se borne à de vagues propositions, sans preuve, sans examen, sans discussion.

Il ne faut pas avoir beaucoup d'expérience, hélas ! pour reconnaître que les principes eux-mêmes, sauf quelques exceptions, n'ont pas toujours ce caractère éclatant de certitude et d'évidence, qui impose la conviction, qui commande la foi. Y en a-t-il beaucoup dont l'existence n'ait pas été mise en question ? et parmi les plus incontestés, quel est celui dont l'étendue et les limites soient unanimement reconnues ? Il ne suffit donc pas d'affirmer, il faut démontrer et convaincre ; il ne suffit pas de s'arrêter à ces généralités superficielles, sur lesquelles toutes les opinions paraissent s'entendre au moment même où elles sont le plus profondément divisées ; il faut engager la lutte et conquérir par le raisonnement, par la discussion, les vérités dont on poursuit le triomphe ! Or, ce n'est qu'au développement logique des conséquences de chaque principe qu'il est possible de demander ce résultat ; c'est ainsi seulement qu'on peut en apprécier la justesse et la solidité, en mesurer la portée légitime et marquer à chacun sa limite dans ces nombreux conflits, qui mettent à chaque instant aux prises les règles de part et d'autre les plus certaines. Il est une épreuve surtout, à

laquelle il est essentiel de se soumettre, l'épreuve de l'application et des exemples, cette démonstration la plus péremptoire et la plus persuasive de toutes, parce qu'elle est, en effet, la plus redoutable aux paradoxes et la plus victorieuse pour les propositions véritablement sûres et praticables.

La nécessité d'un enseignement tout à la fois élémentaire et approfondi, me paraît d'ailleurs particulièrement réclamée, à l'époque où nous sommes, par l'état actuel de la science. Plus de cinquante années sont accomplies depuis la promulgation du Code Napoléon; et pendant toute cette période, il a été incessamment commenté, interprété, appliqué. Un grand nombre de questions, parmi les plus importantes et les plus usuelles, ont été discutées par les auteurs, résolues par des arrêts; et il s'est ainsi formé sur beaucoup de points, *un dépôt de maximes et de décisions*[1], un corps de doctrine et de jurisprudence, qui sont devenus, pour ainsi dire, inséparables des dispositions législatives elles-mêmes, en ce sens qu'il n'est pas plus possible désormais d'ignorer les unes que les autres.

A quels embarras, en effet, et à quelles méprises ne seraient pas exposés ceux qui voudraient étudier aujourd'hui le Code Napoléon, sans tenir compte de tous ces précédents, de toutes ces traditions! ce serait là, je n'hésite pas à le dire, rétrograder d'un demi-siècle, et répudier, avec autant d'aveuglement que d'ingratitude, les illustres et précieux travaux du passé; un tel enseignement ne réussirait à faire que des disciples qui ne seraient pas de leur temps, de leur époque, et qui, à leur entrée

1. Portalis, *Discours sur le projet du titre préliminaire du Code Napoléon.*

dans le monde et dans la vie réelle, se trouveraient comme éblouis et tout dépaysés! Aussi ai-je toujours déploré cette espèce de divorce, que l'on remarque parfois entre la théorie et la pratique, et ces dédains réciproques, qu'elles se témoignent si mal à propos de part et d'autre. Comme si la théorie, étrangère au progrès du temps et des mœurs, privée des enseignements de l'expérience, ne devait pas dégénérer bientôt en vaine spéculation! comme si la pratique sans méthode et sans règles n'était pas autre chose, à son tour, qu'une pitoyable et dangereuse routine! rien donc n'est plus nécessaire et plus désirable que leur alliance, pour conserver à la science du droit son caractère essentiel, pour la maintenir dans sa voie, pour la diriger enfin vers le but marqué à ses efforts, vers un but d'application utile, positive et pratique.... *ad usum communis vitæ,* a très-bien dit Leibnitz (*Nova Methodus*) ; car tel est véritablement le Droit, science active et militante, toujours en présence des faits, qu'elle a pour mission de gouverner. Et voilà bien pourquoi les jurisconsultes se forment et s'éclairent, non moins que dans les livres, par l'observation attentive des mœurs et des besoins de la société, et de tous les intérêts et de toutes les passions qui s'y agitent..... *Veram philosophiam, non simulatam affectantes!* (L. I, § 1, D., *De justitia et jure.*)

Je ne manquerai donc jamais de faire connaître l'état de la doctrine et surtout de la jurisprudence, cette partie animée, je dirais presque dramatique de la législation, cette *viva vox juris civilis* (L. 8, D., *De justitia et jure*). Il est certains points sur lesquels, après des chances et des vicissitudes diverses, les systèmes vainqueurs ont définitivement planté leur drapeau; tandis que sur une

foule d'autres points toujours contestés, le combat dure encore. Je constaterai exactement ces différentes situations, en me réservant, pour tous les cas, cette liberté absolue d'examen et cette indépendance de jugement, que le professeur ne saurait abdiquer sans faillir à sa mission. Je revendiquerai donc l'autorité des principes partout où elle me semblerait méconnue, même alors qu'une jurisprudence irréfragable aurait consacré les opinions, que je ne croirais pas devoir suivre. Loin de moi pourtant la présomptueuse ambition de renverser une telle jurisprudence! Tout en gardant ses convictions de jurisconsulte, il faut savoir, au barreau comme ailleurs[1], accepter les faits accomplis; et il est dans la nature des choses non moins que dans l'intérêt public que les mêmes questions, plaidées et replaidées pendant un demi-siècle, finissent par recevoir, en pratique, une solution irrévocable, qui ne permet plus guère de les représenter. Autant d'ailleurs il importe de combattre, dès le début, les décisions judiciaires qui semblent porter atteinte à la pureté des principes, autant peut-être faut-il regretter, au point de vue de l'intérêt social, ces revirements, ces révolutions d'une jurisprudence sanctionnée par une suite imposante de monuments anciens et uniformes, *series rerum perpetuo similiter judicatarum* (L. 38, D., *De legibus*), sur la foi de laquelle les droits les plus importants pour les individus et pour les familles se sont pendant longtemps établis. N'y a-t il pas là, en effet, un désordre véritable, une dangereuse perturbation, une rétroactivité enfin pire encore que celle des lois, puisqu'en bouleversant le passé, elle ne donne même aucune garantie ni à l'avenir ni au présent?

J'ai suivi l'ordre général des livres et des titres du

Code Napoléon, en distribuant toutefois chacun des titres suivant l'ordre qui m'a paru le meilleur et le plus propre à la démonstration et au développement des principes. Je ne veux pas réveiller ici la vieille querelle du commentaire et du traité, de la méthode exégétique et de la méthode dogmatique. L'un et l'autre procédé a, comme toute chose, ses inconvénients et ses avantages; et si, par exemple, l'exégèse, suivant le texte pas à pas, peut se flatter de découvrir ainsi plus facilement la pensée du législateur, ne peut-on pas, en revanche, lui reprocher, sinon d'empêcher absolument, du moins de favoriser très-peu, par ses allures saccadées et décousues, cet esprit de méthode et de généralisation, cet ordre et cet arrangement systématique, qui constituent la science et qui en rendent l'initiation plus puissante et plus efficace?... Je m'arrête, ne voulant pas, ce qu'à Dieu ne plaise! qu'on puisse penser que j'adresse à certains ouvrages pour lesquels je suis plein d'estime et de reconnaissance, les reproches que je ne fais qu'à la méthode. Que chacun donc suive sa vocation et ses tendances. Il est très-utile que l'interprétation des lois soit tour à tour soumise à ces méthodes diverses; et tout partisan que je suis de la forme synthétique, pratiquée, bien entendu, avec mesure et avec discernement, je n'en regretterais pas moins beaucoup moi-même que l'exégèse ne nous eût pas donné les bons commentaires que nous lui devons.

Au reste, ma devise, ma profession de foi est aussi : Les textes avant tout! Je publie un cours de Code Napoléon; j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code Napoléon lui-même, considéré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire; et ma préférence pour la méthode dogmatique ne m'empêchera pas de

prendre toujours pour base les articles mêmes de la loi; car je pense, avec Ortolan, que l'enseignement des textes *n'emporte pas la nécessité exclusive du commentaire*. (Explication historique des Institutes de Justinien, p. 3.)

Ce travail, tel que je viens de l'exposer, élémentaire et approfondi, de théorie et de pratique, comprendra, pour le Code Napoléon tout entier, environ vingt volumes. Je n'ignore pas l'espèce de prévention qui règne dans certains esprits contre les livres de quelque étendue; mais il me paraît impossible de resserrer dans des limites plus étroites un cours complet de Code Napoléon, professé d'après les conditions qui précèdent, et sans lesquelles il ne saurait être, à mon gré, véritablement sérieux et profitable. Je remarque d'ailleurs aussi d'année en année, combien plus nos jeunes disciples apprécient la nécessité d'un enseignement, qui leur permette de passer de l'École au Palais, sans être obligés de recommencer, pour ainsi dire, leurs études, sans être exposés aux perplexités et aux découragements qui sont presque toujours les premiers fruits de cette instruction vague et abstraite, qui n'a rien appris de tout ce qui est et de tout ce qui se fait dans la réalité. Ne vaut-il pas effectivement beaucoup mieux faire une bonne fois des études solides pendant le temps qui y est consacré, et se préparer sur les bancs mêmes de la Faculté à ce mouvement de la vie et des affaires, qui nous saisit et nous emporte ensuite?

Après les ouvrages remarquables qui existent déjà sur le Code Napoléon, après Delvincourt, Proudhon, Toullier, après MM. Duranton, Duvergier, Troplong, Coin-Delisle et d'autres encore, la publication d'un nouveau cours est sans doute une entreprise bien hardie! et je

veux tout d'abord en faire ici l'aveu, pour réclamer cette indulgence dont l'amour de la science et le travail, dans leurs plus grandes témérités même, ne doivent jamais désespérer.

PRÉFACE

DE LA SECONDE ÉDITION.

Je n'ai rien à changer aux idées que j'exprimais, en 1845, dans la préface de la première édition; le temps n'a fait, au contraire, que m'y affermir.

Le plan de mon ouvrage demeure aussi le même; c'est toujours un *Cours de Code Napoléon* que je publie. Toutefois, une modification y a été apportée; et ce *Cours* se compose désormais d'une série de *Traités* sur chacune des matières du droit civil. Cette combinaison m'a permis, tout en conservant à mon œuvre l'unité, que je m'efforce d'y imprimer, de consacrer à chacune de ces matières, une étude plus spéciale et plus complète; elle explique aussi comment le nombre des volumes sera plus grand que celui que j'avais d'abord annoncé; c'est que, effectivement, en même temps que l'ouvrage forme un tout, dont les différentes parties sont naturellement adhérentes, ces différentes parties sont distinctes les unes des autres et forment autant de traités particuliers, qui peuvent se détacher de l'ensemble et se suffire à eux-mêmes.

Lorsque j'ai publié une seconde édition de mon *Traité*

des servitudes, le travail de révision auquel j'ai dû me livrer n'a pas été considérable; quinze mois seulement s'étaient écoulés depuis la première édition.

Il n'en a pas été de même de la seconde édition de mes premiers volumes; ils avaient paru en 1845; et pendant un espace de dix années, chacun sait combien de changements s'accomplissent dans la science du droit civil, sous la puissante influence du temps et des mœurs, ainsi que des travaux de la doctrine et des décisions de la jurisprudence. En outre, un certain nombre de lois, et des plus importantes, ont été rendues dans cet intervalle, plusieurs lois, par exemple, sur la naturalisation, la loi portant abolition de la mort civile, etc.

J'ai considéré comme un devoir de faire cette révision, de manière à ce que ma seconde édition reproduise l'état actuel de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence, aussi exactement que si je publiais ces volumes aujourd'hui pour la première fois.

L'observation, qui précède, s'applique à cette sixième édition.

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de M. Devilleneuve et Carrette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de Duvergier sur l'édition de 1846 ; de M. Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS, ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

1. — Division.

1. — Il est un certain nombre de grands principes et de vérités fondamentales, sur lesquels repose la législation tout entière.

Tel est le caractère des dispositions de ce Titre préliminaire, qui, pour la plupart, ne s'appliquent pas spécialement au *droit civil* ou *privé*, mais à toutes les lois en général.

Ce Titre forme donc une sorte d'introduction, dans laquelle nous traiterons successivement :

1° Du droit et des lois ;

2° De la formation, de la promulgation et de la publication des lois;

3° De l'effet des lois, en ce qui concerne le *temps*, les *choses*, les *personnes ;*

4° De l'application, de l'interprétation et de l'abrogation des lois.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT ET DES LOIS.

SOMMAIRE.

2. — Définition de la loi et du droit.
3. — Il ne faut pas confondre les *lois* proprement dites avec les principes de la religion, de la morale et de la philosophie.
4. — Suite.
5. — La distinction entre les *lois naturelles* et les *lois positives* est exacte, mais à condition d'être bien comprise.
6. — Caractères différents par lesquels on distingue habituellement le *droit naturel* du *droit positif*.
7. — Conséquences pratiques déduites de cette distinction.
8. — Les termes de cette distinction sont-ils bien posés? N'est-il pas plus exact de dire qu'il n'y a qu'une seule espèce de *lois*, de *droit?*
9. — Appréciation des conséquences qui en ont été déduites.
10. — Qu'est-ce que le *droit naturel* pour le jurisconsulte?
11. — Le *droit naturel* est-il véritablement *universel?* — Droit international privé et public. — Droit des gens.
12. — Suite.
13. — Autres acceptions du mot *droit*. — De la *jurisprudence*.
14. — Objets, but et moyens du droit.
15. — Les lois sont *impératives*, *prohibitives*, ou *permissives*.
16. — Distinction entre le *droit public* et le *droit privé*.
17. — Le *droit public*, dans une acception plus étendue, est le *droit* auquel on ne peut pas déroger (art. 6).
18. — Moyens pour reconnaitre si une disposition appartient au *droit public*.
19. — Mais il n'est pas possible de poser, à cet égard, une règle absolue.
20. — Suite.

2. — La loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la Constitution politique, a le pouvoir de *commander*, de *défendre* ou de *permettre*, dans toute l'étendue de l'État.

La loi véritable et proprement dite, la loi qui fait l'objet de nos études comme jurisconsultes, est donc une règle sanctionnée par la puissance publique, une règle civilement et juridiquement obligatoire.

Le droit est le résultat, ou bien encore l'ensemble et la collection de ces règles.

3. — Beaucoup d'autres définitions ont été présentées; sans parler de celles qui s'appliquent aux *lois* du monde physique, du monde matériel, et qui, sous ce rapport, sont évidemment étrangères à la science des jurisconsultes, on a dit souvent que la loi est la *règle des actions humaines.*

Cette définition, qui se rapproche beaucoup plus sans doute de notre sujet, ne me paraît pourtant point encore assez précise, assez spéciale.

La religion, la morale, la philosophie, aussi bien que la législation, se proposent de tracer aux hommes des règles d'action et de conduite, auxquelles dès lors cette définition de la loi peut également convenir; aussi, est-il arrivé que beaucoup de préceptes de philosophie, de morale, de religion même, très-vrais assurément et très-respectables, mais qui enfin ne sont pas des *lois*, ne sont pas du *droit,* suivant l'acception technique et juridique de ces mots, ont cependant trouvé place, non pas sans quelque confusion, dans les livres de jurisprudence. C'est ainsi que Proudhon présente, comme un précepte de DROIT, *le devoir de se respecter soi-même, de se rendre exempt de tous vices déshonorants, et d'éviter tous excès contraires à sa propre conservation* (t. I, p. 14); et Duranton écrit de même que les principes du *droit naturel sont de conduire l'homme au bonheur par la pratique de la vertu* (t. I, p. 14.)

Il est facile de voir que ces maximes générales, ainsi formulées, constituent des préceptes de *morale,* mais non pas des règles de *droit,* c'est-à-dire des règles légalement et juridiquement obligatoires.

4. — Ce n'est qu'autant que la puissance publique a imprimé son autorité et sa sanction à ces préceptes, que l'accomplissement extérieur peut en être exigé.

La suprême mission du législateur est précisément de

concilier le respect dû à la liberté individuelle des citoyens avec le bon ordre et l'harmonie morale de la société.

Et l'on peut dire qu'il emploie en général, pour atteindre ce but, trois moyens principaux :

1° Il imprime sa sanction au plus grand nombre possible de devoirs de morale, aux plus saints, aux plus nécessaires, à ceux dont l'observation active doit être, en effet, exigée (art. 203, 212, 371, 1134, 1382, etc.). De ceux-là, il est vrai de dire qu'ils sont alors des *lois*, qu'ils font partie du droit ;

2° Il prive de tous effets légaux les conventions, les conditions quelconques, qui blesseraient les principes de la morale, même ceux-là dont l'accomplissement extérieur, dont la pratique active ne seraient pas obligatoires (art. 6, 900, 1133, 1172, 1387) ;

3° Enfin, il ne permet pas, en général, de revenir contre l'observation librement accomplie de certains devoirs de morale, ainsi que nous l'expliquerons plus tard (art. 1235).

En dehors et au delà de ces limites, les préceptes de la morale ne sont plus des lois, ne font plus partie du *droit*, et ne peuvent pas exactement recevoir ces dénominations dans les ouvrages de jurisprudence.

5. — Ces observations m'amènent à l'importante division, qui a toujours été faite entre les lois, à raison de leur origine; division vraie, exacte, mais qu'il me paraît nécessaire toutefois d'apprécier et de bien comprendre, afin de n'en point abuser.

Je veux parler de la distinction entre les *lois naturelles* et les *lois positives*, entre le *droit naturel* et le *droit positif*.

On a coutume de les comparer, je dirais presque de les opposer l'un à l'autre ; et voici les trois caractères principaux et essentiels, par lesquels on les signale :

6. — Le droit naturel est :

1° Préexistant et obligatoire, indépendamment de toute promulgation;

2° Universel et applicable en tous les lieux et à tous les hommes, sans distinction de pays et de nationalité;

3° Enfin, immuable, et de tous les temps, il ne peut pas être abrogé, changé.

Le droit positif est différent :

1° Il dérive de la volonté du législateur humain, qui ne peut être connue et obligatoire que par la promulgation;

2° Il est local et particulier, applicable seulement aux citoyens du même État;

3° Enfin, il est variable, susceptible de changement et d'abrogation.

7. — Cette distinction entre les lois naturelles et les lois positives se trouve dans tous les ouvrages écrits sur notre Code Napoléon. Demante, dans l'introduction de son excellent *Programme*, précise particulièrement les différents caractères que je viens d'analyser; et il en déduit les conséquences pratiques, que voici :

1° Les règles du droit naturel étant préexistantes, et n'ayant pas besoin d'être sanctionnées par le droit positif, il suffit qu'elles ne soient pas rejetées par lui, pour conserver, par elles-mêmes et par elles seules, leur propre force obligatoire;

2° Par conséquent, lorsque la loi positive sanctionne et promulgue une règle de droit naturel, on doit appliquer cette loi positive aux cas antérieurs et encore indécis avant sa promulgation, sans craindre de lui donner, en cela, un effet rétroactif;

3° Enfin, les *lois naturelles étant communes à toute l'espèce humaine*, et leur insertion dans la loi positive d'un peuple ne leur faisant pas perdre leur caractère primitif, il s'ensuit que, dans chaque État, les lois positives, qui consacrent des règles de droit naturel, sont applicables même aux étrangers.

8. — La vérité de cette distinction est, au fond, incontestable; mais il est permis de se demander si elle est bien exprimée, si les termes, qui la représentent, n'ont pas quelque chose de trop absolu, s'ils n'élèvent pas, enfin, entre le droit naturel et le droit positif, une sorte d'antagonisme et d'antithèse, qu'il vaudrait mieux ne pas établir.

Je n'ai pas l'intention de soulever ici une vaine dispute philosophique, et encore moins une pure querelle de mots. J'écris un livre de droit privé, c'est-à-dire du droit le plus essentiellement dirigé vers un but d'application utile et pratique. C'est donc sous ce rapport, surtout, qu'il me paraît convenable de bien poser les termes de cette distinction.

Or, il me semble qu'il serait plus exact, plus logique, et aussi plus prudent de dire que la loi véritable, c'est-à-dire la règle civilement obligatoire, est toujours *positive*, et que, sous ce rapport, nous n'avons qu'une espèce de *droit*, qu'une espèce de *lois*, savoir : le droit, les lois, sanctionnés par la puissance publique.

Parmi ces lois, il est vrai, les unes, les plus nombreuses, les plus essentielles, ne sont que la consécration de ces grandes règles d'humanité, de sociabilité, que Dieu a gravées dans tous les cœurs, et qui sont les conditions communes de l'existence et du développement de toutes les associations, de toutes les relations humaines : comme les lois sur le mariage, sur la famille, sur la propriété, sur la plupart des conventions, etc., etc. Les autres, plus accidentelles, plus spéciales, sont, par cela même aussi, l'œuvre plus arbitraire, la création plus immédiate du législateur humain.

Cette distinction est profonde et considérable sans doute; et elle devra exercer, en effet, une grande influence dans l'*interprétation*, dans l'*application*. Mais je crois aussi qu'elle ne serait plus exacte et qu'elle pourrait devenir dangereuse, si on voulait en faire résulter une

source principale et directe, une cause indépendante et immédiate de règles civilement obligatoires, c'est-à-dire de *lois* véritables, en dehors et à côté des lois sanctionnées par la puissance publique.

9. — Sous ce rapport, on peut dire que les conséquences déduites par Demante de cette distinction, sont présentées d'une façon trop théorique et trop absolue, et qu'elles ne seraient pas ainsi exemptes de quelque danger.

Je comprends bien que les dispositions des lois positives, qui consacrent des règles de droit naturel, reçoivent par induction, par analogie, l'interprétation la plus large et la plus extensive, et se trouvent ainsi appliquées à des hypothèses même non prévues (art. 4); et, il faut le dire, avec une législation complète comme la nôtre, si humaine d'ailleurs et si équitable, on ne pourrait peut-être pas imaginer une espèce dans laquelle les règles certaines et véritables du droit naturel ne pourraient pas être satisfaites, soit le plus souvent par des textes formels, soit, dans tous les cas, au moyen d'une interprétation fondée sur l'induction, sur l'analogie, pourvu, bien entendu (ce que tout le monde reconnaît), qu'il n'y eût pas, dans l'espèce donnée, une loi positive en sens contraire (art. 565, 1134, 1382, 1383, etc.).

Je comprends encore qu'on puisse invoquer une loi nouvelle comme argument de raison dans une cause relative à des faits antérieurs, quand la règle, que cette loi nouvelle consacre, était déjà antérieurement obligatoire, quoique incertaine et controversée. Et c'est là même une proposition généralement vraie à l'égard de toute espèce de lois.

Mais il me paraît plus logique et plus sûr de ne pas poser en principe :

1° Qu'une pure règle de droit naturel, qui ne serait pas explicitement ou implicitement consacrée par le droit positif, pourrait servir de base à une condamnation judiciaire;

2° Que la promulgation d'une règle de droit naturel n'est pas ce qui lui donne la force obligatoire.

Ces deux propositions ainsi formulées, généralement, théoriquement, seraient contraires :

Soit à l'article 1[er], qui ne déclare exécutoires que les lois promulguées par la puissance publique ;

Soit à l'article 2, qui porte, sans distinction, que les lois n'ont pas d'effet rétroactif.

10. — Je ne voudrais pas m'arrêter trop longtemps sur ces généralités, qui seront d'ailleurs beaucoup mieux comprises plus tard par l'application et par les exemples; mais je crois devoir pourtant signaler encore un autre danger de la doctrine, qui accorde aux règles du droit naturel une puissance obligatoire, nécessairement et indépendamment de la sanction législative.

C'est que, selon moi, il ne convient pas d'attribuer au droit naturel ces caractères absolus, qui le représentent comme un droit préexistant, toujours immuable, toujours universel.

N'est-ce pas là effectivement raisonner en philosophe, en moraliste plutôt qu'en jurisconsulte? N'est-ce pas mêler et confondre plusieurs sciences, voisines et alliées même sans doute, mais distinctes pourtant et très-différentes, et qui, ne se proposant pas la même fin, ne doivent pas se placer au même point de vue?

Le jurisconsulte, en effet, ne doit pas s'attacher à un modèle plus ou moins parfait, à un type plus ou moins idéal; il ne doit pas considérer les règles des actions humaines *a priori*, d'une manière abstraite, absolue, spéculative, mais bien relativement à l'état présent de la société, à ses besoins, à ses mœurs et aux lois positives elles-mêmes, qui la gouvernent. Le droit naturel, pour lui, n'est pas toujours le meilleur ni le plus excellent peut-être; mais c'est le droit naturel possible, praticable, réalisable; c'est celui surtout qui se conforme et s'assimile le mieux à l'esprit, aux principes et aux tendances

générales de la législation écrite; et voilà pourquoi je pense que c'est toujours dans cette législation même qu'il faut puiser, directement ou indirectement, toutes les règles des solutions juridiques.

« Le droit naturel, disait Domat, fort justement, dans dans son livre des *Lois civiles*, ne forme pas une espèce de droit distinct des autres; mais il se trouve dans toutes les parties du droit. »

Oh! sans doute, il est un certain nombre de règles profondément instinctives, immuables et universelles, qu'aucun législateur humain ne pourrait impunément méconnaître! Et pourtant ces règles-là, même les plus saintes, les plus éclatantes, nos lois ont pris soin de les consacrer! (Art. 203, 371, 1134, etc., etc., Cod. Nap.; 322, 327, 328, 329, Cod. pén.)

Mais ensuite combien de règles secondaires n'ont pas, à beaucoup près, les mêmes caractères de certitude et d'évidence. Combien d'autres mêmes sont variables et doivent l'être, suivant les temps et les circonstances publiques, puisque le droit naturel lui-même, tel que le jurisconsulte doit le comprendre, est nécessairement approprié aux besoins, aux mœurs, à la civilisation des différentes sociétés humaines, et que, par conséquent, dans tout ce qui concerne ses dispositions dérivées et secondaires, il ne saurait être le même dans tous les temps et dans tous les lieux.

Or, si cette proposition est vraie, comme je le crois, on comprend qu'il serait inexact et dangereux de dire que le droit naturel est préexistant et immuable, pour en conclure qu'il est obligatoire indépendamment de toute promulgation. Le but essentiel des lois positives est précisément de prévenir, à cet égard, l'incertitude et l'arbitraire, en déterminant, parmi les règles si nombreuses et quelquefois même si controversées du droit naturel, celles qui deviendront *lois!* celles qui seront *légalement* obligatoires!

11. — J'ajoute enfin une dernière réflexion sur le caractère d'*universalité* attribué au droit naturel, et par suite duquel les dispositions de la loi positive, qui en sont l'expression, deviendraient, par cela même, applicables à tous les hommes, nationaux ou étrangers.

Les rapports, que nous avons avec les étrangers, sont de deux sortes :

1° D'homme à homme, d'individu à individu; c'est l'objet de ce qu'on a appelé le *droit international privé;*

2° De peuple à peuple, de gouvernement à gouvernement; c'est l'objet *du droit international public;*

Cette espèce de droit, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui gouvernent ces rapports, se nomme aussi souvent *droit des gens.*

Je me réserve d'examiner bientôt plus spécialement ce qui concerne les étrangers; j'en dirai seulement ici quelques mots, pour compléter, sur ce point, les principes généraux que je pose en ce moment.

Il n'est pas assurément contestable que les relations humaines, considérées sous ce nouveau rapport, plus élevé plus étendu, ne soient encore soumises à un certain ordre de règles, si bien fondées sur les instincts primitifs et universels de la sociabilité humaine, sur la nécessité même, et, par suite, sur les convenances réciproques, sur l'assentiment général et unanime des nations, qu'on doit les considérer comme destinées, en effet, par la Providence suprême à servir de lien entre tous les hommes et entre tous les peuples. Tels sont, par exemple, les institutions, les contrats, qu'on appelle d'ordinaire *contrats du droit des gens*, le mariage, la propriété, la vente, le louage, la société, le prêt, etc.; et, sous ce rapport, on peut dire, en général, de ces sortes de règles, qu'elles forment effectivement le droit commun, le *droit naturel* de l'humanité.... *Jus commune gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* (*Inst.*, lib. I, tit. II).

12. — Mais, pourtant, c'est là encore un sujet sur

lequel il ne me semble pas possible d'accepter, comme jurisconsulte, ces thèses abstraites, absolues, qui posent *a priori*, entre tous les hommes et entre tous les peuples, un droit préexistant, immuable et universel.

Et d'abord, l'histoire nous montre-t-elle, à aucune époque, la réalisation de cette théorie? Sans parler de la législation romaine, si exclusive et si jalouse, et qui avait si profondément nationalisé toutes ses œuvres, est-ce que notre ancien droit français ne prononçait pas des exclusions, quelquefois d'une dureté extrême, contre les étrangers, contre les *aubains*, comme on disait alors, contre les *épaves!* et cela, dans des matières qu'on a toujours placées au premier rang des institutions du droit naturel, comme le mariage, par exemple, et la propriété! (Bacquet, *Aubaine;* Pothier, *Des personnes*, part. I, tit. II, sect. 2.)

C'est que les règles mêmes, les institutions mêmes du droit naturel sont organisées, formulées par chaque peuple, avant tout et d'abord, pour lui-même, *sibi* (*Inst.*, lib. I, titre II); c'est qu'elles reçoivent ainsi, plus ou moins, le caractère et l'empreinte de sa nationalité; c'est que, par les conditions, par les formes, par les effets que les lois positives y attachent, elles les approprient spécialement, particulièrement, aux citoyens de l'État; d'où il résulte qu'en ces sortes de matières, on ne saurait encore rien dire d'absolu.

Lorsque, en effet, on sort de ces généralités et de ces théories pures, pour arriver aux faits, aux espèces, à la vérité pratique enfin et à l'application, lorsqu'il s'agit de savoir si telle ou telle loi positive peut être invoquée devant les tribunaux français, *par un Français contre un étranger, par un étranger contre un Français*, ou *par un étranger contre un autre étranger;* alors, disons-nous, on s'aperçoit qu'il n'y a point encore ici de règles véritablement immuables et universelles; on reconnaît, au contraire, que ces règles sont variables et différentes, suivant

les temps, les lieux, les lois positives de chaque État, et les circonstances enfin de toutes sortes, accidentelles et relatives, qui exercent incessamment leur influence sur la civilisation générale, comme aussi sur les relations particulières, politiques ou commerciales, des peuples, *usu exigente et humanis necessitatibus* (*Inst.*, lib. I, tit. II).

Et voilà bien pourquoi les conventions internationales, les traités de paix, d'alliance, de commerce, servent surtout à régler cet ordre de relations, qui sont en effet, à beaucoup d'égards, du domaine des affaires d'État, de la politique et de la diplomatie (art. 11, 2123, 2128, Cod. Napol.; 546, Cod. de procéd.; 6, Cod. d'inst. crim.).

15. — Le mot *droit* a plusieurs autres significations encore, très-usuelles même et très-vulgaires.

Ainsi :

1° Il désigne l'ensemble des lois d'un certain ordre, le *droit civil* pour les lois civiles, le *droit criminel* pour les lois criminelles, etc. ;

2° Il exprime les facultés, les prérogatives garanties par la loi : le *droit de puissance paternelle*, le *droit de propriété*, etc. ; il a pour corrélatif alors le mot *devoir* ;

3° Enfin, il s'applique à la *science des lois*, c'est-à-dire à cet ensemble de règles doctrinales, fondées sur les textes, sur la jurisprudence, sur les écrits des jurisconsultes, sur tous ces éléments enfin, dont l'ordre et l'enchaînement constituent la théorie scientifique du droit.

Dans ce dernier sens, on l'emploie comme synonyme de *jurisprudence*; c'est ainsi qu'on dit : étudier le droit ou la jurisprudence, c'est-à-dire la science du droit, des lois. Mais le mot *jurisprudence* a lui-même plusieurs autres acceptions encore; et il signifie :

1° La science acquise du droit, *prudentia juris*, signification toute romaine, d'après laquelle on disait *jurisprudentes* aussi bien que *jurisconsulti* (*Inst.* lib. I, tit. I, § 1);

2° L'habitude pratique d'appliquer la loi de telle ou

telle manière ; c'est ainsi qu'on dit : la jurisprudence de la Cour de cassation s'est prononcée en tel sens ;

3° Enfin, le résultat de cette habitude, les précédents, l'ensemble des décisions semblables, successivement rendues sur un même point : *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas* (L. 38, ff. *De leg.*).

14. — Nous avons déterminé l'origine du *droit proprement dit.*

Il nous reste à indiquer, en quelques mots, son objet, son but, ses moyens.

Il a pour objet, avant tout : 1° les *personnes, quarum causa omne jus constitutum est* (L. 2, ff. *De statu hominum*); 2° les *choses.* Nous reviendrons bientôt spécialement sur ce point.

Son but, c'est le gouvernement de la société ; c'est le meilleur et le plus exact règlement possible de tous les les intérêts; c'est le bon ordre, c'est la justice !

Ses moyens enfin sont les règles qu'il établit : *honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere* (*Inst.*, lib. I, tit. I, § 3). Voilà les trois grands préceptes, dont toutes les lois ne sont que l'expression et le développement : *honeste vivere ;* ce qui ne veut pas dire pratiquer la vertu, mais seulement se conformer aux lois, qui répriment celles des infractions à la morale que le législateur n'a pas cru devoir tolérer.

15. — Ces règles, ces lois, sont de plusieurs sortes :

1° *Impératives ;*

2° *Prohibitives;*

3° *Permissives.*

Nous verrons, dans la suite, si cette distinction présente, en effet, toute l'importance qu'on a voulu quelquefois y attacher : *Legis virtus hæc est imperare, vetare, permittere, punire* (L. 7, ff. *De legibus*); remarquons, toutefois, que les lois *pénales* ne sauraient exactement former, sous ce rapport, une classe particulière, puisqu'elles se

confondent avec les lois impératives et prohibitives, dont elles assurent l'accomplissement par leur sanction.

16. — Les lois, disons-nous, ont pour but de régler, de gouverner tous les intérêts, toutes les relations sociales.

Or, ces relations, ces intérêts étant de plusieurs sortes, de plusieurs ordres, il y a nécessairement ainsi plusieurs ordres et plusieurs sortes de lois.

Les unes règlent directement, principalement, la Constitution politique de l'État, les rapports des gouvernants et des gouvernés : *lois constitutionnelles, politiques, administratives.*

Les autres règlent plus spécialement les intérêts privés, les rapports particuliers des citoyens, soit entre eux, soit vis-à-vis de l'État ; *lois civiles, lois commerciales*, etc.

Les Romains comprenaient l'ensemble et la réunion de toutes ces lois sous le nom de *droit civil* (*Inst.*, lib. I, tit. II, § 1); et cette expression était, en effet, fort exacte pour désigner tout le droit propre et national d'un pays, *jus proprium* CIVITATIS; mais cette acception n'est plus usitée chez nous, ni même dans la plupart des États de l'Europe; on n'entend aujourd'hui par *droit civil* que cette partie de la législation nationale, qui règle les intérêts privés des citoyens; et encore même, distingue-t-on les lois civiles proprement dites d'avec les lois commerciales.

Mais, en laissant de côté la différence des mots, une distinction essentielle et fondamentale existe, chez tous les peuples, entre les lois qui ont pour but l'organisation de la puissance publique, comme, par exemple, chez nous, la Constitution, *quod ad statum reipublicæ spectat*, et les lois qui ont pour but les relations particulières des citoyens, *quod ad singulorum utilitatem pertinet*. (*Inst.*, lib. I, tit. I, § 4), comme le Code Napoléon, le Code de commerce, etc.

Les premières forment ce qu'on appelle le droit public; et les secondes, le droit privé.

17. — Cette première acception des mots *droit public* est la plus technique et la plus spéciale.

Toutefois, ces mots sont souvent employés encore dans un sens beaucoup plus étendu. Sous ce second rapport, on pourrait dire que le droit public est celui qui, directement ou indirectement, a pour but l'intérêt général, l'*intérêt public* enfin; tandis que le droit privé, au contraire, a pour but l'intérêt particulier et relatif des individus, en un mot l'*intérêt privé*.

En effet, l'une des différences principales, qui les distinguent quant aux résultats, consiste en ce que aucune renonciation, aucune dérogation ne peut être faite au droit public; tandis que les particuliers peuvent déroger au pur droit privé. On conçoit, en effet, que si chacun peut sacrifier son intérêt personnel et privé, nul, au contraire, ne saurait compromettre l'intérêt général, l'intérêt public (art. 6.)

Or, la distinction, une fois appuyée sur une telle base, doit nécessairement se produire non-seulement dans les lois constitutionnelles, mais encore dans tous les autres Codes, où se rencontrent beaucoup de dispositions d'intérêt général, dont le maintien importe à l'État tout entier.

Ainsi, par exemple, les titres du livre I[er] du Code Napoléon, relatifs à l'organisation et au gouvernement des familles, règlent sans doute les relations des particuliers entre eux, du mari et de la femme, du père et des enfants, etc. Il n'est pas question là de la constitution des pouvoirs publics; sous ce point de vue, il est vrai de dire que les lois sur la puissance maritale et sur la puissance paternelle font partie du droit privé; et c'est le *Code Napoléon*, en effet, c'est-à-dire le *Code des droits privés*, qui en détermine les règles.

Et, pourtant, croyez-vous que le mari pourrait renon-

cer à la puissance maritale, ou le père à la puissance paternelle? Croyez-vous qu'un citoyen pourrait se déclarer, à son gré, enfant légitime ou naturel, majeur ou mineur, ou interdit, capable ou incapable de faire tel ou tel acte, un testament par exemple ou une donation entre-vifs? non sans doute; et pourquoi? parce qu'il s'agit, dans tout ceci, bien plus encore que d'une loi politique, d'une loi d'organisation sociale! parce que la société, c'est la famille, la réunion de toutes les familles; parce qu'il n'y aurait que confusion et anarchie, sans cette distribution souveraine, que le législateur fait à chacun de sa position, et, si je puis dire ainsi, de son rôle social et juridique; parce que, dès lors, toutes ces lois sur le mariage, sur la famille, sur l'état et la capacité des personnes, intéressent au plus haut degré la constitution même de la société, et font, sous ce rapport, essentiellement partie du *droit public*, de ce droit auquel les particuliers ne peuvent pas déroger. (Art. 328, 1388, Cod. Nap.; 1004, Cod. de procéd.)

18. — On rencontre encore, dans le Code Napoléon, un certain nombre de dispositions qui sembleraient, à première vue, n'avoir été introduites que dans un intérêt privé, et auxquelles néanmoins il n'est pas permis de renoncer. C'est qu'alors l'intérêt public s'y trouve aussi plus ou moins directement engagé. Ces sortes de dispositions sont, en général, fondées sur les considérations suivantes :

1° Les unes se proposent le maintien des bonnes mœurs, de l'honnêteté publique, et annulent ce qui pourrait y porter atteinte. (Art. 900, 1172.)

2° Les autres sont surtout dictées par des motifs d'humanité, de haute protection, de tutelle en faveur des individus, qui, à raison de circonstances particulières, comme par exemple de la gêne et de la détresse où ils se trouvent, ne sont pas présumés avoir toute la liberté de consentement désirable. C'est par ce motif, et aussi par

respect pour la liberté de l'homme, que la loi assure le bénéfice de la cession de biens au débiteur malheureux et de bonne foi, et le protége, malgré toutes ses renonciations, contre la contrainte par corps (art. 1268; comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. IV, n° 225).

C'est ainsi, et dans le même ordre d'idées, qu'elle ouvre une action en rescision au vendeur d'un immeuble, lésé de plus de sept douzièmes, encore bien qu'il y ait renoncé. (Art. 1674.)

3° Quelquefois, la disposition a pour but d'assurer la paix, la bonne harmonie, de prévenir les difficultés, les procès; c'est pour cela qu'il n'est pas permis de renoncer d'avance à la prescription (art. 2219, 2220); et qu'en général le partage d'une chose commune peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires (art. 815), l'indivision forcée, source de querelles, étant un obstacle aussi à l'entretien soigneux et à la bonne exploitation des propriétés. (*Voy.* notre *Traité des Successions*, t. III, n° 486.)

4° Enfin, c'est souvent dans l'intérêt des *tiers*, du *public*, c'est-à-dire de la bonne foi, de la sécurité des transactions, que les dérogations et renonciations ne sont pas permises. Cette observation s'applique à la forme des actes publics, au mode de la transmission des biens, etc.

19. — Il ne faut pas croire, au reste, parce que la loi s'est formellement exprimée dans certains cas, qui auraient pu paraître plus ou moins douteux, qu'une prohibition spéciale soit toujours nécessaire à cet égard.

Nous avons, outre notre article 6, des dispositions plus générales encore (art. 900, 1133, 1172, 1387), par lesquelles le législateur, dans l'impossibilité de définir ce qui constitue l'*ordre public*, ouvre, sur ce point, la plus vaste et souvent aussi la plus difficile carrière à l'appréciation des magistrats et des jurisconsultes. Nous verrons plus d'une fois ces sortes de questions se produire

très-sérieuses et très-controversées. (Comp. *Définition de l'ordre public en matière civile*, par M. Alglave, Revue pratique de droit français, 1868, t. XXV, p. 444 et suiv., et p. 524 et suiv.)

Il serait impossible d'énumérer ici toutes les dispositions qui appartiennent au droit public, dans le sens que nous venons de donner à ce mot, ou de chercher quelque part un moyen général et absolu de décision, ainsi qu'on l'a tenté quelquefois, par exemple, dans la division des lois prohibitives, préceptives ou permissives.

Il s'en rencontre dans presque tous les Codes, un peu plus ou un peu moins; et quelquefois même des distinctions peuvent être nécessaires pour faire, dans le même sujet, la part du droit public et celle du droit privé. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n°s 193 et suiv.)

20. — Cette question est donc celle de toute la science du droit, et ne peut se développer que succesivement.

Comme moyen général d'application, je dirai seulement que, lorsqu'il s'agira de savoir si telle ou telle disposition est de droit public ou de droit privé, il faudra se rappeler les considérations sur lesquelles repose, en général, le droit public (n° 18), et voir si la disposition en question s'y rattache.

J'ajouterai encore que, lorsqu'il y a doute sur le caractère d'une disposition qui paraît appartenir au droit privé, mais pourtant intéresser aussi l'ordre général, il faut craindre que la possibilité d'y renoncer ne finisse par l'anéantir en fait, et par priver la société du bien qu'elle pouvait en attendre. L'expérience a prouvé que, dans les contrats intéressés surtout, les renonciations favorables au *stipulant* ou créancier sont presque toujours exigées par lui, du *promettant* ou débiteur, qui subit sa loi, et qu'elles deviennent ainsi de *style*, protocoles et formules banales de tous les actes. Cette considération surtout me paraît avoir dicté les articles 1268 et 2220 cités plus haut.

CHAPITRE II.

DE LA FORMATION, DE LA PROMULGATION ET DE LA PUBLICATION DES LOIS.

SOMMAIRE.

21. — Distinction entre le *droit écrit* et le *droit non écrit*. Est-elle possible aujourd'hui? Renvoi.
22. — Formation de la loi en France.
23. — Quand la loi devient-elle exécutoire? — Définition des mots *sanction, promulgation, publication*.
24. — Mode actuel de publication (art. 1er). — Objection.
25. — Ordonnances des 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817 sur le mode de publication.
25 *bis*. — Suite.
26. — Le nouveau mode de publication s'applique même aux Ordonnances et aux Décrets.
27. — Doit-on tenir compte des fractions dans le calcul des distances? (art. 1er).
28. — L'article 1er n'est pas applicable aux colonies. — Les cas de force majeure doivent aussi être exceptés.
29. — Une loi publiée en France, est-elle applicable aux Français qui se trouvent en pays étranger, et qui n'auraient pas pu la connaître?
30. — Les particuliers peuvent-ils volontairement se soumettre à la loi, avant l'expiration du délai de l'article 1er?
31. — Pour savoir si un individu a connu la loi, est-ce sa *résidence* dans tel département qu'il faut considérer? N'est-ce pas plutôt son domicile?
31 *bis*. — Décret du Gouvernement de la Défense nationale, du 5 novembre 1870, relatif à la promulgation des lois et décrets.
32. — Du droit *non écrit*. — Il y a trois classes d'*usages*.
33. — Les usages consacrés par la loi ont eux-mêmes force de loi.
34. — Les usages non consacrés par la loi ne peuvent être considérés que comme moyens d'interprétation.
35. — L'usage peut-il abroger la loi?

21. — En théorie, on distingue le *droit écrit* du *droit non écrit*.

Ces mots, empruntés à la législation romaine (*Inst.*, lib. I, tit. II, § 9), désignent, indépendamment du fait matériel de la rédaction, l'origine différente des lois, suivant qu'elles émanent d'un auteur certain (*droit écrit*), ou seulement de la coutume et de l'usage (*droit non écrit*).

Devons-nous admettre aujourd'hui, en France, d'après

notre organisation politique, cette double source des lois ?

C'est une question très-grave, sur laquelle je vais bientôt m'expliquer, quand j'aurai d'abord parlé de la formation de la loi écrite.

22. — D'après la Constitution du 14 janvier 1852, la puissance législative s'exerce collectivement par l'Empereur, le Sénat et le Corps législatif (art. 4). l'Empereur a seul l'initiative des lois (art. 8). Les pouvoirs du Corps législatif consistent à discuter et à voter les projets de loi (art. 39); et aucune loi ne peut être promulguée sans avoir été soumise au Sénat, qui peut s'opposer à la promulgation, dans les cas déterminés par les articles 25 et 26 (ajout. sénatus-consultes des 10 juillet, 7 novembre et 25 décembre 1852).

Ce sujet, d'ailleurs, appartient éminemment au droit public. Bornons-nous à ajouter que l'Empereur, chef de l'État, fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois (art. 6). Les règlements et décrets ainsi faits, pour procurer l'exécution des lois, participent, en conséquence, de leur autorité et sont, comme elles, obligatoires; la loi, en effet, ne peut et ne doit poser que la règle; l'application et les détails devaient être laissés au pouvoir exécutif.

23. — Mais à quelle époque la loi, une fois faite, devient-elle *exécutoire* et doit-elle être *exécutée?*

Il y a ici trois mots: la *sanction*, la *promulgation*, la *publication*, qu'il importe de bien comprendre, parce qu'ils ont été quelquefois confondus, même dans des actes législatifs (art. 9 de la loi du 14 frimaire an II ; art. 1er de l'ordonnance du 27 novembre 1816).

La *sanction* est le vote impérial et définitif du projet de loi voté par le Corps législatif; c'est un acte de pouvoir législatif (art. 10 de la Constit. du 14 janvier 1852; décret du 2 décembre 1852).

La *promulgation*, ou bien, si l'on veut, l'*ordre de pro-*

mulgation, dit Foucart (t. I, p. 81), est l'acte par lequel l'Empereur, comme chef du pouvoir exécutif, imprime à la loi sa force exécutoire (art. 10 précité), et intime *aux autorités administratives et judiciaires l'ordre de la maintenir, de la faire garder, observer et maintenir*, etc.

Enfin, la *publication* est le moyen de faire connaître aux citoyens la loi ainsi promulguée, c'est-à-dire de faire que la loi déjà *exécutoire* puisse être effectivement *exécutée* (art. 1er, 2e al.).

Or, sur ce point, deux considérations étaient en présence :

D'une part, les citoyens ne peuvent être raisonnablement soumis qu'aux lois qu'ils connaissent, ou du moins qu'il ont pu connaître;

D'autre part, il ne serait pas non plus possible, sans un grand danger social, d'admettre chaque citoyen à prétendre qu'il ignorait personnellement la loi. (Je dis ceci surtout pour les lois de *droit public*; je réserve la question de *droit privé*, relative à l'ignorance des lois.)

On a donc dû concilier ces deux considérations; et dans l'évidente impossibilité de porter la loi à la connaissance personnelle de tous les individus, recourir à un moyen général de publication, duquel résulterait la présomption que chacun a pu et dû la connaître.

24. — Cette publication, qui se fit d'abord à l'aide de moyens matériels et directs, *à son de trompe, de tambour, par proclamation, par affiches* (art. 9 de la loi du 14 frimaire an II), résulte aujourd'hui de l'expiration d'un délai successif et gradué, suivant les distances.

Article 1er: « La promulgation faite par l'Empereur « sera réputée connue, dans le département de la rési- « dence impériale, un jour après celui de la promul- « gation; et dans les autres départements, après l'expira- « tion du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il « y aura de fois 10 myriamètres entre la ville où la

« promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque « département. »

Mais, dira-t-on, que signifie l'expiration successive de ce délai, si d'abord et avant tout, le point de départ n'en est pas déterminé et connu ?

Or, précisément, la Constitution politique ne soumet à aucune condition de temps ni de publicité la sanction et la promulgation des lois par le pouvoir impérial ;

Donc, cet article premier crée un mode de publication illusoire et dangereux, puisqu'il serait possible que le délai après lequel la loi est réputée connue, fût expiré, sans même que les citoyens eussent été avertis qu'il avait commencé à courir !

25. — L'objection nous paraît, en effet, sans réplique; c'est que, dans le temps où l'article 1er a été rédigé, la promulgation des lois devait avoir lieu à une époque fixe, déterminée par l'article 37 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, c'est-à-dire le dixième jour après celui de leur adoption par le Corps législatif ; et alors le point de départ du délai de notre article 1er était certain et connu.

La Charte de 1814 ayant changé ce régime et laissé au chef de l'État, comme aussi la Charte de 1830 et la Constitution de 1852, le pouvoir de sanctionner et de promulguer les lois sans publicité, et quand il le juge à propos, il en est résulté que l'article 1er du Code Napoléon ne pouvait plus évidemment atteindre son but; et c'est afin de pourvoir à ce grave inconvénient, qu'ont été rendues deux ordonnances des 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817, qui règlent encore aujourd'hui cette matière.... Ont-elles réussi ? on va en juger :

Ordonnance du 27 novembre 1816.

Article 1er : « A l'avenir, la promulgation des lois et « de nos ordonnances résultera de leur insertion au Bul- « letin officiel. »

Article 2 : « Elle sera réputée connue, conformément à « l'article 1er du Code civil, un jour après que le *Bulletin* « *des Lois* aura été reçu de l'Imprimerie royale par notre « chancelier ministre de la justice, lequel constatera sur « un registre l'époque de la réception. »

Article 3 : « Les lois et ordonnances seront exécutoi- « res dans chacun des autres départements du royaume, « après l'expiration du même délai, augmenté d'autant « de jours qu'il y aura de fois 10 myriamètres entre la « ville où la promulgation en aura été faite et le chef-lieu « de chaque département, suivant le tableau annexé à « l'arrêté du 25 thermidor an XI. »

Article 4 : « Néanmoins, dans le cas et les lieux où « nous jugerons convenable de hâter l'exécution, les lois « et ordonnances seront censées publiées et seront exé- « cutoires du jour qu'elles seront parvenues au préfet qui « en constatera la réception sur un registre. »

Il est facile de reconnaître que le mode de publication créé par ces ordonnances soulève absolument la même objection; rien n'avertit, en effet, les citoyens du jour où le *Bulletin des Lois* est reçu par le ministre de la justice; et, par conséquent, ils ignorent toujours le point de départ de ce délai, à l'expiration duquel pourtant la loi est réputée connue [1].

L'article 4 précité portait même, à cet égard, l'inconvénient si loin, qu'il a dû être modifié par l'ordonnance du 18 janvier 1817 en ces termes :

« Le préfet rendra de suite un arrêté, par lequel il or- « donnera que la loi ou l'ordonnance sera imprimée et « affichée partout où besoin sera.

« Et lesdites lois et ordonnances seront exécutées à « compter du jour de la publication faite dans la forme « prescrite par les dispositions ci-dessus. »

1. Toutefois, et bien que l'ordonnance ne le prescrive pas, le jour où la loi est parvenue au Ministère de la justice, est indiqué au bas de chaque numéro du *Bulletin*.

25 *bis*. — *A compter du jour de la publication,* dit le texte. Quel est le sens de ces mots?

Le Tribunal civil de la Seine a jugé qu'il en résultait que les lois d'urgence n'étaient exécutoires que le lendemain de leur promulgation:

« Attendu que, par cette expression: *à compter du jour,* l'ordonnance a entendu décider que ces lois seraient exécutées dès le lendemain, et non le jour même de la publication;

« Que, en effet, si elle avait voulu qu'il en fût autrement, elle se serait servie de ces mots: *du moment.... e jour même....* ou *de la publication;*

« Que décider d'une autre manière serait s'exposer à donner à la loi un effet rétroactif, en soumettant à ses dispositions des faits, qui auraient eu lieu au commencement de la journée, antérieurement à la publication, et par conséquent à un moment où la loi ne peut pas être connue. » (18 mai 1864, *l'Admin. de l'Enreg.*, Gazette des Tribunaux du 19 mai 1864.)

Que la loi ne puisse pas être obligatoire, à compter du commencement du jour, où elle a été publiée, cela est d'évidence!

Mais ne pourrait-on pas soutenir qu'elle devient obligatoire à compter du fait même et du moment de sa publication? (Comp. *infra*, n° 217.)

Nous croyons, toutefois, que la décision du Tribunal de la Seine est la plus sûre.

26. — On voit aussi que ce nouveau mode de publication s'applique non plus seulement aux lois, mais encore aux ordonnances royales, et par conséquent aussi aux décrets impériaux (Cass., 21 juin 1843, Labastie, Dev., 1843, I, 645); et, à cet égard, l'objection, que nous avons présentée, devient ici plus sérieuse encore. On pourrait dire, en effet, que les citoyens, avertis par les discussions législatives, sont ainsi du moins, en quelque sorte, préparés à la publication plus ou moins pro-

chaine de la loi; tandis qu'aucune publicité ne précède l'émission des ordonnances ni des décrets. C'est précisément par ces motifs que l'article 1er du Code Napoléon ne s'appliquait pas, d'abord, aux décrets impériaux (loi du 12 vendémiaire an IV, art. 12, avis du Cons. d'État, approuvé par l'Empereur, le 25 prairial an XII.)

27. — D'après notre article 1er, la loi est donc réputée connue *dans le département de la résidence impériale*, c'est-à-dire, suivant les termes de la première édition du Code, dans *le lieu ou siége le gouvernement*, un jour après celui de la promulgation.

Un jour franc.... Ainsi une loi promulguée à Paris le 1er *février*, sera réputée connue dans le département de la Seine *le* 3 ; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois 10 myriamètres entre la ville où la promulgation a été faite et le chef-lieu de chaque département. Un arrêté du gouvernement du 25 thermidor an XI a réglé, à cet égard, le calcul des distances (ajout. les ordonn. des 7 juill. 1824, 1er nov. 1826 et 12 juin 1834).

Mais que décider, lorsqu'il se trouve une fraction de dizaine de myriamètres?

Trois opinions sont en présence :

1° La première, appliquant l'adage : *Major pars trahit ad se minorem*, compte 24 comme 20 et 26 comme 30. Cette opinion, raisonnable sans doute, n'a aucune base dans le texte, et ne me paraît pas devoir être suivie (comp. l'art. 4 de la loi du 3 mai 1862, portant modification des délais, en matière civile et commerciale).

2° La seconde, au contraire, invoque très-fortement l'article 1er, d'après lequel *le délai sera augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois* 10 *myriamètres ;* or dans 24 ou 29, il n'y a pas *trois fois* 10 *myriametres :* donc, le délai ne doit pas être augmenté de trois jours, mais de deux seulement. On invoque de plus, en ce sens, et par induc-

tion, un sénatus-consulte du 15 brumaire an XIII et l'ordonnance du 7 juillet 1824. (Comp. Cass., 27 juin 1854, Comm. de Montigny, Dev. 1855, I, 497; Metz, 13 fév. 1855, mêmes parties, Dev., *loc. supra. cit.;* Cass., 9 avril 1856, le Préfet de la Meuse, Dev., 1856, I, 808; Toullier, t. 1, nº 73; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 44; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, nº 16; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 18.)

3º Je suis, pour mon compte, vivement touché de l'argument tiré du texte; mais je dois dire que la troisième opinion compte aussi d'imposants suffrages. Elle consiste à tenir compte des fractions, quelque minimes qu'elles soient, et à ajouter, en conséquence, un jour pour 9 ou 2 myriamètres comme pour 10, deux jours pour 19 ou 11 comme pour 20, etc. On peut dire, en effet: 1º que l'article 1er présume que 10 myriamètres sont le *maximum* de la distance que la loi peut parcourir en un jour, et que par suite, au delà de cette distance, elle n'est pas réputée connue; 2º que, si on ne comptait pas les fractions, la loi serait réputée connue le même jour, dans le département de la résidence impériale et dans les départements voisins, dont le chef-lieu n'est pas à 10 myriamètres de Paris; et c'est, en effet, ce que professe Duranton (t. I, p. 28); mais l'article 1er ne suppose-t-il pas que ce n'est que *dans le département de la résidence impériale* que la loi sera présumée connue après un seul jour? or, si cela était, et si vous ajoutiez un jour pour 9 myriamètres, pourquoi pas 2 jours pour 19? (Comp. Cass., 21 mars et 23 avril 1831, Boutillier et Prévost, Dev., 1831, I, 213; et un arrêt dans Dev., 1831, I, 209.)

C'est la seconde opinion, toutefois, qui paraît avoir définitivement triomphé; et je crois, en effet, qu'elle a, pour elle, le texte même de la loi. (Comp. E. Acollas, *Manuel de Droit civil*, t. I, p. 6.)

28. — Il fut reconnu, dans le Conseil d'État, que l'article 1er ne s'applique point aux colonies, qui sont, en

effet, régies par des lois particulières. (Comp., entre autres, loi du 24 avril 1833; Alger, 11 déc. 1861, Aberjou, Dev., 1862, II, 61; Cass., 4 fév. 1863, mêmes parties, Dev., 1863, I, 201; Cass., 17 nov. 1865, Linem, Dev., 1866, I, 267.)

On demeurera également d'accord que notre article ne serait point applicable dans le cas où, par la force majeure, invasion ennemie, inondation, etc., les communications seraient interrompues entre Paris et un ou plusieurs des départements de l'Empire. Aussi, le texte déclare-t-il que la loi sera exécutée *du moment où la promulgation en pourra être connue;* et la raison ne permettait pas, en effet, de maintenir la *présomption* devant la certitude et l'évidence du fait contraire.

29. — On peut proposer une autre hypothèse plus délicate.

Comment et à quelle époque la loi nouvelle oblige-t-elle les Français, qui se trouvent en pays étranger, au moment où cette loi est promulguée et publiée en France?

Ainsi, d'après l'article 144, la femme peut aujourd'hui se marier à quinze ans; je suppose qu'une loi nouvelle déclare que la femme ne pourra se marier qu'à seize ans. C'est depuis la publication de cette loi en France que, dans un pays étranger, Paul, Français, ignorant ce changement, marie sa fille à quinze ans. Le mariage est-il nul ou valable?

Ou bien, c'est un Français, qui fait un testament olographe dans un pays étranger, qui ne reconnaît pas cette forme; et, au moment où il testait ainsi suivant la loi française (art. 999), cette loi était modifiée ou abrogée par une autre loi légalement publiée.

Supposez même un Français en mer, en traversée sur un bâtiment; il fait son testament, d'après les articles 988 et suivants du Code Napoléon; mais, à ce moment-là même, ces articles étaient déjà abrogés par une loi nouvelle.

Quel sera le sort de ces deux testaments?

Pour la nullité, on pourrait d'abord raisonner ainsi:

L'article 1er est absolu. Tel est précisément l'effet des présomptions légales, d'embrasser et de confondre dans une règle commune tous les cas particuliers. Il s'agit d'ailleurs ici d'un intérêt public, de la puissance des lois, qu'il faut craindre d'énerver, en admettant toutes les réclamations fondées sur l'ignorance; sous ce rapport, la présomption légale ne doit s'arrêter que devant une cause générale et publique d'empêchement, comme par exemple l'inondation d'une partie du territoire; mais elle ne saurait fléchir sans cesse, au gré de toutes les causes d'empêchements relatives, particulières et individuelles, qu'il faut mettre au nombre de ces accidents privés, dont la loi générale ne peut pas tenir compte.

Cette solution, toutefois, me paraît trop dure et trop absolue. Remarquez-le bien, en effet, le texte de l'article 1er ne parle que *du territoire français.... dans chaque partie de l'Empire.... du département de la résidence impériale et des autres départements*. Et la raison même nous dit que ce délai, dont l'échéance successive engendre la présomption légale, doit expirer sur la frontière, puisque là s'arrêtent aussi le but et les moyens de la publication.

Est-ce à dire, pour cela, que les lois publiées en France ne seront, en aucun cas, obligatoires pour les Français en pays etranger? telle n'est pas non plus ma pensée. Ce que je crois, c'est que nous ne sommes plus ici sous l'empire de la *présomption légale*, qui n'agit que dans les limites du territoire français; et que nous avons seulement à appliquer l'idée essentielle de notre article, savoir: que la loi doit être connue pour être obligatoire.

Cela posé, le point de savoir dans quels cas et sous quels rapports un Français sera admis à prétendre qu'il ne pouvait pas encore connaître, en pays étranger, la loi nouvelle publiée en France, constitue, suivant moi, une

question de fait, de circonstances et de bonne foi. Je comprends que cette solution commande beaucoup de réserve et de discernement; mais il me paraîtrait aussi trop illogique et trop dur d'imposer aux juges l'inexorable nécessité d'applipuer toujours une loi à des Français qui, à raison du pays et des circonstances où ils se trouvaient, n'auraient pas encore pu la connaître. Aussi, Toullier remarque-t-il que la présomption légale de l'article 1er n'est pas nécessairement exclusive de la preuve contraire (t. X, n° 62 ; art. 69-9°, Cod. de Procéd.; 168, Cod. de Com.).

30. — Il résulte de l'article 1er que, pendant un certain espace de temps après la promulgation d'une loi, les diverses parties de l'Empire sont régies par deux lois différentes : les unes, déjà par la nouvelle ; les autres, encore par la loi ancienne ; cette situation peut faire naître quelques difficultés.

Une loi est promulguée à Paris le 1er février ; les habitants de Lyon pourraient-ils, deux jours après, s'y soumettre ?

Pourquoi pas? a-t-on dit (Séance du Cons. d'État du 5 ventôse an XI). C'est la loi de l'État; et, puisque les citoyens la connaissent de fait et veulent bien l'exécuter, où serait donc l'obstacle? (Comp. Delvincourt, t. 1, p. 8, n° 2.)

Eh bien! non, la loi de l'État n'est pas encore, à Lyon, la loi nouvelle ; c'est toujours la loi ancienne ; de la même manière qu'à Paris, cette loi, promulguée le 1er février, ne sera *loi* véritablement que le 3, et ne l'est pas encore le 2. Le texte ne dit pas, en effet, que les lois seront *exécutoires* du moment où la promulgation en pourra être connue; il dit *exécutées;* donc, avant ce délai, elles ne peuvent pas être exécutées *comme lois*. Supposez, par exemple, que cette loi, promulguée à Paris le 1er février, déclare qu'on sera désormais majeur à vingt ans ; est-ce que le 3 février, à Lyon, un individu âgé de vingt ans pourrait agir comme majeur ? non sans doute ; on ne peut

pas déroger au droit public; or, quel est, le 3 février, à Lyon, le droit public sur la majorité? c'est toujours la loi ancienne, qui seule est encore en vigueur; donc on ne peut pas y déroger.

Cet argument nous apprend dans quels cas seulement les particuliers pourraient se soumettre volontairement à la loi nouvelle, avant l'expiration du délai de l'article 1er; c'est lorqu'ils pourraient déroger, par leur fait, par leur convention, à la loi ancienne encore en vigueur dans leur département; et alors, il sera même vrai de dire que ce n'est pas la loi nouvelle, mais bien plutôt leur déclaration, leur propre convention, qui les obligera. (Comp. Cass., 7 mai 1816, Sirey, 1816, I, 418; Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 11, n° 10; Duranton, t. I, n° 45; Zachariæ, Aubry et Rau, I, p. 46.)

31. — Mais pour savoir si tel ou tel individu est réputé avoir connu la loi, que faut-il considérer? est-ce le fait, c'est-à-dire *sa résidence?* est-ce le droit, c'est-à-dire *son domicile?*

Je m'explique.

Une loi est promulguée à Paris le 1er février; elle devra donc y être exécutée le 3.

Eh bien! le 3 février, un individu, *domicilié à Lyon*, est en résidence à Paris; et un individu, *domicilié à Paris*, est en résidence à Lyon.

Je demande si le Lyonnais, à Paris, sera réputé avoir connu la loi le 3 février; et si le Parisien, à Lyon, ne sera réputé la connaître qu'après l'expiration du délai, qui doit porter la présomption légale jusqu'à Lyon.

Le texte ne paraît pas fournir de moyen déterminant de solution; *la promulgation sera réputée connue;* mais de qui? c'est précisément la question.

Trois systèmes me paraissent possibles:

Le premier s'attache *au domicile*, et dit: l'article 1er a pour but d'établir une règle fixe, indépendante des circonstances particulières, qui peuvent avancer, retarder ou

même empêcher, pour telle ou telle personne, la connaissance de la loi; or, ce but ne serait pas encore atteint, si la présomption légale était subordonnée au fait de la résidence, ou plutôt même, (car il faudrait aller jusque-là), de la présence accidentelle et passagère de tel ou tel individu dans un lieu plutôt que dans l'autre; on retomberait alors dans les inextricables difficultés que précisément on a voulu éviter; et voilà pourquoi la loi, procédant par circonscriptions territoriales, régit tous ceux qui, par leur domicile, sont réputés présents dans chacune d'elles. Cette situation, qui, pendant quelques jours, fait que les diverses parties de la France sont régies par deux lois différentes, est semblable à celle qui résultait de la diversité de nos anciennes coutumes; or, on sait que la capacité de l'individu était, en général, partout déterminée par le *statut personnel* de son domicile (Pothier, *Intr. gén. aux cout.*, chap. 1).

Le second système, au contraire, s'attache à la *résidence*, et raisonne ainsi : La loi nouvelle existe, loi générale pour tous les Français; il ne s'agit plus que d'un simple fait, à savoir : de la connaissance réelle et effective que les citoyens doivent être *légalement* réputés en avoir. Or, l'article 1er, à cet égard, présume deux choses : 1° que la loi promulguée à Paris le 1er, est connue le 3 dans le département de la Seine; 2° que le même jour, elle n'est pas encore connue à Lyon; donc, le Lyonnais à Paris est réputé légalement la connaître, et le Parisien à Lyon l'ignorer. Le premier système, en s'attachant uniquement au domicile, a le défaut de fonder une présomption sur une autre présomption, c'est-à-dire de *réputer* la loi connue, parce que chaque individu serait *réputé* présent à son domicile.

Il nous semble que ces deux opinions seraient un peu absolues, et qu'on pourrait en présenter une troisième, qui admettrait des distinctions entre les diverses espèces de lois.

Et, d'abord, s'il s'agit de lois de police et de sûreté, il ne paraît pas contestable qu'il faudra s'attacher au fait de la résidence actuelle. Une loi promulguée à Paris le 1er février, défend, sous telle ou telle peine, le port des pistolets de poche; il est certain : 1° qu'elle sera applicable, le 3 février, à quiconque, Lyonnais ou autre, se trouvera à Paris (art. 3, Cod. Nap.); 2° qu'elle ne sera point encore, ce même jour, applicable à Lyon, pas même au Parisien qui s'y trouverait. D'une part, on ne peut pas le punir en vertu d'une loi qu'il est légalement présumé ignorer; d'autre part, le fait en question se passe à Lyon même, où il n'est pas encore défendu.

Ce que je viens de dire des lois de police, il faudrait le dire de même des lois réglant la forme des actes et des contrats, d'après la maxime : *locus regit actum* (art. 47, 170, Cod. Nap.); l'empire de ces deux sortes de lois est, en général, purement territorial.

Maintenant, s'agit-il d'une loi *réelle*, c'est-à-dire concernant les choses, les biens; par exemple, d'une loi nouvelle sur les successions ab intestat? nous croyons alors que c'est la première opinion qui devra être suivie, c'est-à-dire qu'on ne devra tenir compte que du domicile. Ainsi un Lyonnais meurt à Paris, le 3 février.... eh bien! sa succession sera réglée, non point par la loi nouvelle déjà en vigueur à Paris, mais par la loi ancienne encore en vigueur à Lyon. D'une part, la loi réelle régit tous les immeubles situés dans le territoire où elle existe (art. 3); or, la loi réelle existant dans le territoire de Lyon, c'est toujours encore l'ancienne loi. D'autre part, c'est le domicile qui détermine le lieu de l'ouverture de la succession (art. 110).

S'agit-il au contraire de lois *personnelles*, c'est-à-dire réglant l'état et la capacité des personnes; par exemple, d'une loi qui retarde ou avance le terme de la minorité? ici la question devient, il faut l'avouer, très-difficile. Je

proposerai alors de dire que la loi applicable sera celle du lieu où *le fait se passe*, où *l'acte se réalise*, où *la personne elle-même agit*. Supposez que la loi nouvelle, promulguée à Paris le 1er février, déclare qu'on ne sera désormais majeur qu'à vingt-cinq ans; permettrez-vous au Lyonnais âgé de vingt-deux ans de faire un emprunt à Paris même, le 3 février? oui, répond le premier système; il n'y est pas domicilié! mais, en vérité, est-ce que cette loi, maintenant en pleine vigueur à Paris, n'est pas la seule qui y existe? est-ce qu'elle n'est pas la loi générale, la loi commune du pays, destinée à régir tous les Français, dès qu'ils seront légalement présumés la connaître? Or, le Lyonnais est réputé légalement la connaître à Paris.

Mais c'est en retournant l'hypothèse, c'est en supposant le Parisien à Lyon, que le premier système soulèvera encore plus d'objections.... Le 3 février, un Parisien à Lyon, âgé de vingt-deux ans, a fait un emprunt, soit à un Lyonnais, soit même, si vous voulez, à un autre Parisien, qui s'y trouvait aussi. Est-ce qu'il sera possible de déclarer son obligation nulle? mais la loi qui reportait la majorité à vingt-cinq ans, était présumée ne pas pouvoir être encore connue à Lyon; or, l'article 1er déclare que la loi ne doit être exécutée que du moment où la promulgation en peut être connue.

Je sais bien l'objection qu'on peut faire à cette opinion; c'est que le Parisien, surpris à Paris par la promulgation inattendue de la loi nouvelle, prendra le convoi d'un chemin de fer, et ira dans le département voisin faire un acte, qu'il n'aurait pu faire à Paris; c'est aussi que le même individu pourra être traité successivement comme majeur ou comme mineur, suivant qu'il sera ce matin à Paris, et ce soir à Beauvais. Ces objections sont assurément fort sérieuses, mais je crois qu'aucun système n'en est exempt, et qu'on est réduit à choisir celui qui en of-

fre le moins. La première opinion, par exemple, n'a-t-elle pas l'inconvénient très-grave et très-dangereux de faire que, dans le même pays, dans la même ville, au même moment, les Français seraient soumis à des lois personnelles tout à fait différentes : les uns, mineurs; les autres, majeurs, etc.? Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, viennent d'adopter entièrement notre doctrine. (Sur Zachariæ, t. I, p. 46-47; ajout. E. Acollas, *Manuel de Droit civil*, t. I, p. 6.)

Au reste, cette discussion me persuade de plus en plus que le mode actuel de publication de nos lois appelle des améliorations. J'aimerais mieux, pour mon compte, que la loi nouvelle devînt, après un certain délai, obligatoire le même jour dans tout l'Empire ; ce moyen n'aurait pas d'inconvénient, puisque le gouvernement peut, en cas d'urgence, en accélérer la publication ; et il aurait le grand avantage de prévenir toutes les difficultés dont je viens de parler (*voy.* l'art. 2 de la loi belge, du 28 févr. 1845). Il est vrai qu'elles n'ont pas encore été, à ma connaissance du moins, soulevées nulle part, et que dès lors on peut me dire qu'elles sont plus hypothétiques que réelles; mais il est certain, du moins, qu'elles sont possibles, et que la rapidité merveilleuse des moyens actuels de communication peut les élever quelque jour dans la pratique. En tout cas, si on conservait le délai progressif, ne pourrait-on pas l'abréger? la présomption légale ne fait que 10 myriamètres (20 lieues) par jour ; et en vérité, aujourd'hui surtout, c'est bien peu! (Comp. une dissertation de M. l'avocat général Ancelot : *Sur la promulgation et la publication actuelle de la loi en France*, dans le Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1858, t. VI, p. 462 et suiv.)

31 *bis*. — Nous devons faire connaître ici le Décret rendu, par le Gouvernement de la Défense nationale, le 5 novembre 1870, relativement à la promulgation des lois et décrets.

Il est ainsi conçu :

« Le Gouvernement de la Défense nationale : — Considérant qu'il importe de prévenir les difficultés que peut faire naître le mode actuel de promulgation des lois et décrets, et d'établir, d'une manière uniforme, l'époque où les actes législatifs sont obligatoires ; — Décrète :

Article 1 : « Dorénavant, la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin des lois*.

« Le *Bulletin des lois* continuera à être publié ; et l'insertion, qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel*, en opérera la promulgation. »

Article 2 : « Les lois et décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel*, qui les contient, sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement.

« Le Gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret. »

Article 3 : « Les préfets et sous-préfets prendront les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin sera. »

Article 4 : « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours à partir de la promulgation. »

Et, dans le mois d'octobre 1871, M. le garde des sceaux, ministre de la Justice, a fait, dans une communication officielle, la déclaration suivante :

« Des divergences d'interprétation, qu'il importe de faire disparaître, se sont produites, dans plusieurs

départements, sur le mode de promulgation des lois.

« Les dispositions du décret du Gouvernement de la Défense nationale, du 5 novembre 1870, n'ont pas été abrogées; elles doivent donc continuer à recevoir leur application.

« En conséquence, la promulgation des lois résulte aujourd'hui de leur seule insertion au *Journal officiel*.

« Elles sont exécutoires, à Paris, un jour franc après celui de la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* est parvenu au chef-lieu de cet arrondissement.

« Il faut ajouter que la date officielle des lois est celle de leur adoption par l'Assemblée nationale, et qu'elles ne doivent pas être désignées, ainsi que cela a lieu quelquefois, par la date de leur promulgation. »

Tel est donc, en effet, l'état de notre législation sur ce point. (Comp. Cass., 23 janv. 1872, Guillemon, Dev., 1872, I, 80; Fauvel, *de la Promulgation des lois et décrets, Commentaire du décret du 5 novembre* 1870, Revue critique, 1873-1874, t. II, p. 723 et suiv., et t. III, p. 32 et suiv.; de Folleville, *de la Promulgation et de l'application des lois et des décrets,* 1876; Th. Ducrocq, *de la Formule actuelle de Promulgation des lois*, etc., 1877).

32. — Nous venons de parler *du droit écrit*; il nous reste à savoir s'il y a lieu d'admettre encore aujourd'hui, en France, *le droit non écrit,* c'est-à-dire un autre mode de formation des lois par la coutume, par l'usage.

Les usages peuvent être distingués en trois classes :

1° Ceux que la loi écrite consacre (art. 663, 671, 674, 1736, 1745, etc.);

2° Ceux qui ne sont pas consacrés par la loi écrite, mais qui n'y sont pas contraires;

3° Ceux enfin qui sont contraires à la loi écrite.

33. — Quant aux premiers, ils ont force de *loi*, puisque le pouvoir législatif, en y renvoyant, leur a communiqué la force obligatoire du texte qui les consacre. Aussi, pense-t-on généralement que la violation d'un usage consacré par la loi, peut être un moyen de cassation. (Merlin, *Rép.*, t. VII, sect. VII; Dalloz, *Dict. alph.*, v° *Cassation*, p. 36; Cass., 14 août 1817, Gazay, Sirey, 1819, I, 29.)

34. — En ce qui concerne les seconds, je ne crois pas qu'ils aient force de *loi* proprement dite. Ces sortes d'usages ne peuvent être que des éléments d'interprétation soit de la loi elle-même, soit de la volonté probable des parties, dans les matières d'intérêt privé (loi du 30 ventôse an XII, art. 1159). Je vais exposer les motifs qui me font penser que, d'après notre organisation politique actuelle, l'usage ne peut pas obtenir une force plus grande. (Comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n°s 19 et 19 *bis*.)

35. — J'arrive enfin aux usages contraires à la loi; et c'est là, en effet, le terrain sur lequel les deux opinions opposées se trouvent le plus sérieusement aux prises.

Un premier système soutient que l'usage peut non-seulement interpréter, mais suppléer, mais modifier, mais abroger même la loi écrite. Voici ses trois motifs principaux :

1° Lorsque les pouvoirs publics du pays accréditent et sanctionnent un usage, il doit obtenir force de loi; or, quand un usage est général, notoire, ancien, non contraire au bon ordre, on ne peut pas raisonnablement dire que la puissance publique ne l'a pas autorisé : *quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis aut factis?* (L. 32, ff. *de Legibus.*)

2° L'usage, en effet, n'est-il pas la meilleure et la plus

sûre expression des intérêts et des besoins de tous? L'usage, mais c'est la loi qui se fait elle-même et toute seule!

3° Enfin, la société serait exposée aux plus grandes perturbations, si une loi oubliée, violée depuis longtemps et par tous, pouvait être tout à coup relevée et détruire rétroactivement tous les droits qui auraient été acquis sur la foi de l'usage contraire! (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Appel*, sect. I, § 5; Duranton, t. I, p. 69; Nîmes, 15 juin 1830, Moustadier, Sirey, 1830, II, 312.) Telle est aussi l'opinion de M. Trolley, dans son excellent *Cours de droit administratif* (t. I, p. 21).

Il me semble, au contraire, que ce système, 1° n'est pas logique aujourd'hui comme il a pu l'être autrefois; qu'il n'est pas conforme aux principes nouveaux de notre organisation politique; 2° et qu'il offre lui-même beaucoup de dangers :

1° Il n'est pas conforme à nos principes constitutionnels, parce que la volonté nationale, qui fait la loi, ne peut se manifester que suivant les conditions et les formes déterminées par la Constitution; parce que si, dans notre ancienne monarchie, le Roi, ayant à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, pouvait être présumé abroger tacitement la loi, par cela même qu'il tolérait un usage contraire, il n'en est plus de même aujourd'hui que la puissance législative est multiple et séparée du pouvoir exécutif. Aussi, a-t-on remarqué que les arrêts de la Cour de cassation, qui ont admis l'abrogation par l'usage, se réfèrent, pour la plupart, à d'anciennes ordonnances ou coutumes non suivies par les Parlements. (Dalloz, v° *Lois*, sect. VII, n° 12.)

2° Ce système me paraît dangereux, parce qu'il ébranle l'autorité des lois, parce qu'il engendre l'incertitude, l'arbitraire, le désordre dans les relations sociales. Par quels signes et à quel moment, en effet, les citoyens sauront-ils si la loi est ou n'est pas abrogée par l'usage?

Que faire si, parmi les cours et les tribunaux, les uns appliquent l'usage, et les autres la loi? Faudra-t-il que la Cour de cassation, après avoir rejeté le pourvoi contre un arrêt qui aurait appliqué l'usage et violé la loi, rejette ensuite le pourvoi formé contre un arrêt qui aurait appliqué la loi et violé l'usage? J'emprunte cette dernière réflexion à l'un des illustres présidents de la Cour suprême, M. Portalis, dans son discours à la Chambre des Pairs, lors de la discussion du projet de loi sur la forme des actes notariés (*Moniteur* du 8 juin 1843). Les inquiétudes si vives et si universelles, qui ont rendu cette loi nécessaire, ne sont-elles pas la preuve flagrante de tous les dangers, que je signale dans ce mode d'abrogation? (Loi du 24 juin 1843; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 39; Foucart, t. I, p. 81 et suiv.; L. 2, *Cod. Quæ sit longa cons.;* Cass., 25 janvier 1841, Papin, Dev., 1841, I, 105; Cass., 20 juin 1848, Fusier, Dev., 1848, I, 433; Paris, 20 avril 1848, Baudin, Dev., 1849, II, 298; Cass., 14 mai 1852, Mallet, Dev., 1852, I, 855.)

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES LOIS, EN CE QUI CONCERNE LE TEMPS, LES CHOSES, LES PERSONNES (ART. 2 ET 3).

SOMMAIRE.

36. — Division.

36. — Je pourrais intituler ce chapitre : *Du conflit des lois;* car il va, d'un bout à l'autre, nous présenter le spectacle de la lutte, de la rivalité entre deux lois différentes, se disputant l'empire sur les mêmes personnes, ou sur les mêmes choses ;

Sous le rapport du temps, entre deux lois du même pays, l'une ancienne, l'autre nouvelle;

Sous le rapport des lieux, entre deux lois de pays différents, entre les lois nationales et les lois étrangères.

Aussi, existe-t-il, à beaucoup d'égards, entre ces deux sujets, une grande affinité de principes.

Toutefois, il est indispensable de les exposer séparément; et nous diviserons, en conséquence, ce chapitre en deux sections.

SECTION I.

DE L'EFFET DES LOIS, EN CE QUI CONCERNE LE TEMPS AUQUEL ELLES S'APPLIQUENT (art. 2).

SOMMAIRE.

37. — La loi n'a pas d'effet rétroactif.
38. — Exposition du sujet et de ses difficultés.
39. — Suite.
40. — Considérations générales sur l'application de l'article 2. — Qu'est-ce qu'un *droit acquis?*
41. — Application de l'article 2 aux principales matières du livre I. — A la naturalisation. — Au mariage.
42. — Application de l'article 2 à la reconnaissance d'un enfant naturel. — A la recherche de la maternité ou de la paternité.
43. — A la puissance maritale et à la puissance paternelle.
44. — Distinction à faire entre les lois qui règlent la capacité personnelle de la femme, et les lois qui règlent plus spécialement les conventions matrimoniales.
45. — Application de l'article 2 aux lois sur la capacité des personnes, sur la minorité, sur la majorité, etc.
46. — Aux lois concernant la distinction des biens.
47. — Aux successions ab intestat.
48. — Aux rapports à succession.
49. — Aux dispositions testamentaires, sous le rapport de la quotité disponible, de la capacité du testateur et du légataire, et de la forme du testament.
50. — En général, un acte passé suivant les formes requises par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé, fait foi, même depuis la promulgation d'une loi nouvelle.
51. — Application de l'article 2 aux dispositions entre-vifs, sous le rapport de la capacité du donateur et du donataire, de la forme de la donation, et de la quotité disponible.
52. — Modification en ce qui concerne la quotité disponible.
53. — Les mêmes principes sont applicables aux institutions contractuelles.

37. — L'article 2 est ainsi conçu :

« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point « d'effet rétroactif. »

Cette disposition est facile à expliquer et à justifier, en thèse générale.

La rétroactivité des lois, en effet, serait tout à la fois illogique dans son principe et désastreuse dans ses résultats ; *illogique,* puisque la loi ne saurait être obligatoire avant d'être connue (art. 1er) ; puisqu'il n'est pas raisonnablement possible de décréter des *commandements,* des *défenses* ou des *permissions* pour des actes passés, pour des faits accomplis ; *désastreuse* surtout, puisque la société serait ainsi livrée à l'instabilité la plus déplorable, au plus effrayant arbitraire ; puisque les intérêts les plus précieux et les plus sacrés des citoyens et des familles ne reposeraient plus sur aucune base, sur aucune garantie.

Cette vérité est incontestable ; et chacun la comprend comme par instinct.

Mais lorsqu'on descend de ces considérations géné-

rales à l'examen plus positif et plus approfondi de ce principe, on ne tarde pas à reconnaître qu'il n'en est pas peut-être qui présente plus de difficultés; aussi, le passage d'une législation à une autre ne se fait il presque jamais sans un conflit, sans un choc, qui ébranle plus ou moins beaucoup d'intérêts et de positions; et les *questions transitoires* sont-elles au nombre des plus délicates et des plus célèbres.

38. — Si le fait antérieur à la loi nouvelle était complétement fini et ne devait plus produire d'effets ultérieurs, il est clair que cette loi nouvelle n'y saurait trouver aucun sujet d'application.

Pareillement, si le fait n'était pas encore commencé sous la loi ancienne, il est clair encore que cette loi ancienne n'y pourrait pas non plus être appliquée.

La limite alors, entre le passé et l'avenir, serait facile à marquer.

Mais les faits ne sont pas toujours aussi nets, aussi bien tranchés; et voici, au contraire, ce qui peut arriver:

Un fait est né *sous la loi ancienne;* mais des conséquences de ce fait se produisent et se développent *sous la loi nouvelle.*

Quelle loi réglera ces conséquences?

La loi ancienne, parce qu'elles dérivent d'un fait qui s'est passé sous son empire?

Ou la loi nouvelle, parce qu'elles s'ouvrent et se réalisent depuis sa promulgation?

Si vous dites que la loi nouvelle réglera les effets, tous les effets, même les plus directs, les plus nécessaires d'un fait antérieur, vous faites évidemment de la rétroactivité!

Si vous dites que la loi ancienne réglera les effets, tous les effets, même les plus indirects, les plus éloignés d'un fait ancien, vous énervez la loi nouvelle; vous paralysez, si je puis dire ainsi, le pouvoir législatif lui-...

Il faut donc distinguer, et voilà précisément...

difficile; il faut discerner, démêler, dans le même fait, les conséquences, dont les unes appartiennent à la loi ancienne, et les autres à la loi nouvelle.

39. — La science peut-elle offrir ici une règle fixe comme un guide toujours sûr dans l'application?

Cette prétention serait, à mon avis, téméraire; notre maxime, en effet, s'étend et plane sur toute la législation; elle touche à toutes les matières du droit et subit ainsi successivement les diverses influences des principes spéciaux, qui régissent chacune d'elles.

Il y a sans doute certaines propositions générales, qui sont à peu près unanimement acceptées, et qui dominent, en effet, tout ce sujet; mais ce n'est vraiment que par les applications mêmes, qu'on peut les apprécier et les bien comprendre.

Il faut donc passer en revue les principales matières du droit; ce que nous ferons aussi rapidement que possible, en suivant l'ordre des livres du Code Napoléon[1].

40. — La théorie de la non-rétroactivité des lois n'est pas, avons-nous dit, susceptible d'être précisément soumise à des règles fixes et invariables; et c'est de là que vient peut-être le laconisme de notre article, bien bref, en effet, sur un sujet si étendu et si compliqué! C'est surtout une question d'appréciation; c'est, dans chaque hypothèse, une perpétuelle comparaison des avantages et des inconvénients, de l'intérêt public et de l'intérêt privé, qui se trouvent en présence. Il ne faut pas, en effet, se préoccuper seulement de l'intérêt des particuliers; c'est là sans doute un point de vue capital et très-

1. Voy. sur l'effet rétroactif, *Thémis*, t. VII, une dissertation de M. Blondeau; *Répertoire* de M. Merlin, t. XVI, v° *Effet rétroactif;* les annotations, si remarquables, de M. Valette sur Proudhon, t. I, p. 21 et suiv.; une dissertation de M. Duvergier, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, t. II, p. 1 et suiv., et p. 91 et suiv.; un article de M. Jousselin, sur ces mots : *Effet rétroactif et Droit acquis* en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire, *Rev. crit. de Jurisprud.*, 1852, p. 180 et suiv.

essentiel! mais pourtant il importe aussi de songer à l'intérêt général de la société, qui exige que les lois puissent être modifiées, améliorées; et que, en conséquence, les lois nouvelles, necessairement présumées meilleures, remplacent le plus tôt et le plus universellement possible les lois anciennes, dont elles ont pour but de corriger les défauts.

Cela posé, on peut comprendre le caractère général des considérations, qui feront pencher la balance, tantôt en faveur de la loi nouvelle, tantôt en faveur de la loi ancienne.

La loi nouvelle devra être appliquée même aux conséquences des faits antérieurs, s'il n'en résulte aucun préjudice, ou si elle ne fait qu'enlever de faibles attentes, de vagues expectatives. D'une part, il n'y a, dans ce cas, aucune lésion, aucun froissement réel, sérieux, d'intérêt privé; d'autre part, en conséquence, aucun trouble, aucun désordre dans la société. Ajoutez même qu'il n'y a pas de loi qui n'éveille ainsi plus ou moins d'espérances, et que, s'il fallait toujours en tenir compte, la législation demeurerait stationnaire et immobile, au grand détriment de la société.

La loi nouvelle, au contraire, ne devra pas être appliquée, si cette application détruit ou change des effets sur lesquels les particuliers ont dû fermement compter. Il y aurait alors, dans cette réaction, dans ce renversement du passé, un préjudice grave et inique porté à l'intérêt privé, et par conséquent une perturbation, un désordre dans la société elle-même, à laquelle cette application de la loi nouvelle causerait ainsi plus de mal que de bien.

Or, ces effets, sur lesquels les particuliers ont dû solidement et fermement compter, et que la loi nouvelle ne saurait modifier sans rétroactivité, ont reçu, dans la doctrine, le nom consacré de *droits acquis*.

Qu'est-ce donc que le droit acquis?

C'est, pour le définir ici à grands traits et sous la ré-

serve des applications que nous allons faire, le droit bien et dûment devenu *nôtre*, dont nous sommes *investis, appropriés*, qu'un tiers ne pourrait pas nous enlever.

Il n'est pas toutefois nécessaire que nous puissions disposer de ce droit, le transmettre, l'aliéner; car il y a des droits et des mieux acquis, et des plus respectables, qui ne sont ni aliénables, ni transmissibles; mais pourtant, cette circonstance, 1° est souvent un moyen de reconnaître le *droit acquis;* car, nous ne pouvous aliéner que ce qui nous appartient; 2° elle est une considération de plus en faveur de l'application de la loi ancienne, puisque l'application de la loi nouvelle à un droit, qui aurait été l'objet de transmissions successives, léserait à la fois plusieurs intérêts privés, et causerait, par cela même, dans les relations sociales, une plus profonde perturbation.

Enfin, je pense qu'on peut dire encore, comme proposition générale, que lorsqu'un fait s'est accompli sous la loi ancienne, la conséquence dont ce fait a été le principe générateur, la cause efficiente et directe, forme surtout ce qu'on appelle le *droit acquis.*

Mais tout ceci va bientôt s'éclaircir.

41. — *Application de l'article 2 aux principales matières du livre I du Code Napoléon.*

Une loi nouvelle paraît, qui modifie le Code Napoléon, par exemple, quant aux conditions de la naturalisation en France, ou bien quant aux conditions de validité du mariage.

Cette loi pourra-t-elle être appliquée aux naturalisations prononcées, ou aux mariages célébrés sous l'empire du Code Napoléon?

Non, sans doute; parce que, d'une part, il y a ici un fait accompli; et que, d'autre part, ce fait a été le principe générateur, la cause efficiente d'un effet que les parties se proposaient précisément d'obtenir, et sur lequel elles ont dû nécessairement compter.

Nous ne supposons pas une simple demande en naturalisation encore pendante, ou seulement des publications de mariage, au moment de la publication de la loi nouvelle; ces circonstances, ces simples préliminaires ne suffiraient pas.

Nous supposons la naturalisation *prononcée*, le mariage *célébré;* or, quelle est la conséquence directe et nécessairement attendue de ces deux faits accomplis sous la loi ancienne? c'est, dans un cas, la nationalité française; dans l'autre, l'état d'époux légitime; donc, cette nationalité et cet état constituent des droits acquis.

Ajoutez que l'application de la loi nouvelle à de tels faits, loin d'offrir d'avantage à personne, bouleverserait tout ensemble et les familles et l'État! (Comp. Duvergier, *loc. supra cit.*, p. 7.)

42. — Il faut en dire autant de la reconnaissance d'un enfant naturel *une fois faite*, et d'un jugement déclaratif de maternité ou de paternité *une fois rendu.*

Je suppose la reconnaissance faite et le jugement rendu; je ne pense pas, en effet, qu'il suffirait qu'un individu fût né sous l'empire d'une loi qui permettait à ses auteurs de le reconnaître, ou qui l'autorisait lui-même à les rechercher, pour que la loi nouvelle ne pût pas enlever aux uns et aux autres cette faculté, tant qu'ils ne l'auraient pas encore exercée. L'avis contraire, professé par Merlin (*Rép.*, t. XVI, p. 253, et *Quest. de droit*, t. IV, p. 92), a été aussi consacré par la Cour de Grenoble (5 août 1829, Robin, D., 1833, I, 89).

Mais, 1° il me semble que la cause efficiente et immédiate des rapports légaux de paternité et de filiation, n'est pas le fait unique, le fait absolu et abstrait de la naissance; c'est, aux yeux de la loi, la reconnaissance *accomplie*, ou le jugement *rendu*, suivant les conditions qu'elle détermine. Donc, tant que cette cause ne s'est pas réalisée, l'effet n'est pas produit, n'est pas acquis légalement. On a dit qu'une loi nouvelle ne pouvait pas priver

l'enfant *déjà né* du droit de rechercher son père, parce qu'il tient ce droit de la nature. Eh! mon Dieu! la loi l'en prive bien aujourd'hui; or, qu'elle l'en prive un peu plus tôt ou un peu plus tard, n'est-il pas vrai, dès lors, que ce droit n'est pas absolu, et que tant qu'il n'a pas été exercé et réalisé, il demeure subordonné aux lois qui règlent ces sortes de matières?

2° J'ajoute que l'application immédiate de la loi nouvelle, qui n'enlève alors aux particuliers qu'une faculté non exercée, qui n'avait encore rien produit, est au contraire réclamée par de puissantes considérations d'ordre et de morale publique. L'arrêt précité de la Cour de Grenoble n'en a-t-il pas fourni la preuve, en autorisant, sous l'empire du Code Napoléon, la recherche d'une paternité adultérine! (Art. 335, 342.)

43. — Mais supposons maintenant qu'au lieu de changer les conditions mêmes du mariage ou de la reconnaissance, la loi nouvelle change les effets de la puissance maritale ou de la puissance paternelle; cette loi s'appliquera-t-elle aux époux mariés, ou aux rapports de paternité et de filiation, qui existaient légalement avant sa promulgation?

Nos deux règles vont ici produire une solution affirmative:

1° La puissance maritale n'est pas, comme la légitimité des époux et des enfants, le but même, le but principal et déterminant du mariage; elle en est un effet sans doute, mais un effet dans lequel les parties n'ont pas essentiellement placé leur confiance.

Il en est de même de la puissance paternelle; le résultat essentiel des rapports de paternité et de filiation une fois légalement établis, c'est l'état de père, d'enfant légitime ou naturel, etc.; la puissance paternelle est encore ici une conséquence, à laquelle l'attention et la confiance des parties se sont beaucoup moins attachées.

Ce qu'elles ont voulu surtout, *mari*, *femme*, *père* ou

enfant, c'est la consécration légale des liens, qui les unissent, c'est l'état lui-même enfin, s'en remettant, pour le règlement de cet état, à la haute et suprême tutelle de la loi.

2° Ajoutons que cette solution est très-conforme au bien général de la société, que toutes les lois sur la bonne discipline des familles intéressent au plus haut degré. (Comp. Cass., 26 juill. 1810, Bardenet, Sirey, 1810, I, 348; Cass., 5 août 1812, Guy, Sirey, 1813, I, 58; Cass., 11 mai 1819, de Chavannes, Sirey, 1819, I, 446; Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroact.*, sect. III, § 2, n° 9, et v° *Usufruit paternel*, § 5, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 61; Mailher de Chassat, t. I, p. 245.)

44. — Je viens de dire que les lois nouvelles sur la puissance maritale s'appliquent même aux époux mariés avant leur promulgation.

Toutefois, il y a ici une nuance délicate à saisir, et qui rend parfois difficile l'application de notre principe. En effet, si, d'une part, les lois nouvelles sur la puissance maritale doivent s'appliquer même aux mariages antérieurement célébrés; d'autre part, il n'est pas moins vrai que les contrats en général, comme nous l'expliquerons bientôt, et surtout les contrats de mariage, doivent être régis par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés. Or, précisément, les conventions matrimoniales ont cela de particulier, qu'elles agissent, à certains égards, sur la capacité personnelle de la femme, et, par conséquent, sur la puissance maritale, qui se trouve ainsi plus ou moins étendue, suivant que les époux ont adopté tel ou tel régime matrimonial. (Art. 217, 1449, 1538.)

De là, plusieurs décisions judiciaires, qui pourraient paraître, à première vue, ne point présenter une harmonie parfaite. Ainsi :

1° La Cour suprême, par des arrêts de cassation, décide que la femme, mariée sous une législation qui lui permettait d'aliéner, seule et sans l'autorisation de son

mari, ses biens paraphernaux, ne peut plus les aliéner aujourd'hui sans autorisation. (Cass., 19 nov. 1832, de Belle, D., 1833, I, 15; Cass., 7 déc. 1836, de Lioux, Dev., 1837, I, 416.)

2° La même Cour décide que les époux, investis par la législation existante à l'époque de leur mariage, du droit d'aliéner les biens dotaux, n'ont pas été privés de ce droit par la promulgation du Code Napoléon, même à l'égard des biens qui ne seraient advenus à la femme que depuis ce Code. (Cass., 16 mai 1843, Béraud, Dev., 1843, I, 584.)

Mais ces arrêts se concilient par la distinction que j'ai indiquée.

Si la loi nouvelle est principalement une loi de puissance maritale, réglant la capacité générale de la femme, si elle est une loi *personnelle* enfin, telle, par exemple, que ceux qui se marient sous son empire n'y pourraient pas déroger, je pense qu'elle devra être appliquée même aux époux antérieurement mariés. Tel est l'article 217 du Code Napoléon, qui exige que la femme soit toujours autorisée par son mari pour l'aliénation de ses immeubles (art. 223, 1538); c'est l'espèce des arrêts de 1833 et 1836.

Que si, au contraire, la loi nouvelle concerne les biens plutôt que la personne, si elle est enfin une loi *réelle* plutôt qu'une loi de puissance maritale proprement dite, il en devra être autrement. Tel est l'article 1554 du Code Napoléon, d'après lequel les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ni par le mari ni par la femme. Ajoutez que les futurs époux y pourraient déroger sous le Code Napoléon, et que dès lors il n'y a pas de motif pour l'appliquer aux époux mariés antérieurement sous une loi différente; c'est l'espèce de l'arrêt de 1843. (Merlin, *Rép.*, v° *Puis. mar.*, t. X, sect. II, § 2, art. 2.)

On voit que cette distinction se rattache à la difficile théorie des statuts personnels et réels, dont nous parle-

rons bientôt. (Comp. Lyon, 11 déc. 1846, Peloux; et 24 fév. 1847, Alléobert, Dev., 1847, II, 321-327.)

45. — Tout ce qui précède résout, ce me semble, la question de savoir si une loi nouvelle sur la minorité et la majorité devrait s'appliquer à tous les individus nés au moment de sa promulgation.

Je pense qu'il faut répondre affirmativement, et dire que la loi nouvelle pourra : 1° rendre immédiatement majeur celui qui n'était que mineur; 2° rendre de nouveau et immédiatement mineur celui que la loi ancienne avait déjà déclaré majeur.

Et d'abord, il est bien clair que les actes *passés* par l'individu *majeur*, ou les jugements *rendus* contre lui sous l'empire de l'ancienne loi, ne sont pas ici en question :

1° Ces actes, ces jugements, constituent un fait accompli, qui a été la cause immédiate et directe de droits et d'obligations, que la loi nouvelle ne saurait détruire;

2° Il y aurait, dans cette destruction, un froissement, un préjudice, dont la société elle-même souffrirait. (Comp. Mailher de Chassat, t. I, p. 261, de Freminville, de la minorité, t. I, 5.)

Mais, quant à l'avenir, il n'y a rien de semblable.

D'une part, aucun fait accompli. La capacité, qu'il ne faut pas confondre avec l'état de la personne, c'est l'*aptitude* à faire tel ou tel acte; c'est la *faculté* légale de le faire valablement; or la faculté seule, la faculté non exercée n'est pas le principe générateur, la cause immédiate des droits et des obligations; c'est l'exercice seulement de cette faculté, de cette capacité, qui les engendre et les réalise.

Donc, tant que cet exercice n'a pas eu lieu, ils ne sont pas ouverts; ils ne sont pas *acquis*.

D'autre part, nul préjudice; les lois sur la capacité ou l'incapacité des personnes sont éminemment, au contraire, des lois de protection, dictées par l'intérêt même de ceux qu'elles concernent; or, quel individu pourrait

dire qu'il a *acquis le droit de n'être point protégé!* La loi, en effet, exerce sur nous, tous tant que nous sommes, une grande et haute tutelle, dont la mission est précisément de mesurer la capacité de chacun, suivant le développement de ses facultés intellectuelles, le caractère plus ou moins important des différents actes, et les situations diverses dans lesquelles ils se passent, etc. Si le législateur reconnaît qu'il s'est trompé et qu'il peut mieux faire, il manquerait à cette mission, en ne réformant pas aussitôt ses premières dispositions. Une loi nouvelle ne pourrait-elle pas décider que le mineur ne sera capable de tester qu'à dix-huit ans, au lieu de seize? (art. 903, 904) ou que le prodigue ne pourra pas disposer seul et follement peut-être, de ses revenus, comme il le peut aujourd'hui (art. 513), et prendre, à cet égard, plus de garanties dans son propre intérêt? Qui dirait que cette loi ne s'appliquerait pas de suite à tous les mineurs de dix-huit ans, à tous les prodigues? (Montpellier, 1er juillet 1840, Médal, Dev., 1840, II, 314.) Eh bien! ce qui est vrai pour un cas, est nécessairement vrai pour tous les autres; car c'est toujours le même principe et le même but; c'est toujours la *tutelle*, partielle seulement dans un cas, et générale dans l'autre.

Remarquons enfin que les lois sur la capacité des personnes destinées à porter l'harmonie dans la société, y produiraient, au contraire, beaucoup de perturbation, si elles n'étaient pas immédiatement uniformes; elles sont donc d'*ordre public*. (Comp. Douai, 6 fév. 1871, Bouton, Dev. 1872, II, 42.)

Ce motif est le seul, à peu près, qui soit exprimé dans les arrêts qui consacrent cette doctrine (Agen, 1er février 1833, Lavergne, D., 1833, II, 118, et les arrêts précités). Il ne faudrait pourtant pas lui accorder une prépondérance exclusive et absolue. Assurément, plus l'ordre public est intéressé à l'application immédiate de la loi nouvelle, plus il faut que les intérêts privés aient de force et

soient bien *acquis*, pour lui résister et se maintenir sous l'empire de la loi ancienne; mais cela n'est pas impossible. Tel est, par exemple, le mariage. Supposez qu'une loi nouvelle vienne supprimer le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, aujourd'hui permis par la loi du 16 avril 1832; il est incontestable que les mariages antérieurement *célébrés* seraient maintenus, quoique cette loi intéresse, au plus haut point, l'ordre public. Le mieux donc est de s'en tenir aux règles que nous avons proposées. (Comp. Cass., 3 janv. 1832, Dev., 1832, I, 317; Cass., 19 nov. 1833, de Belle, Dev., 1833, I, 24; Cass., 7 déc. 1836, de Lioux, Dev., 1837, I, 416; Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroact.*, sect. III, § 2, art. 5, n° 3; Mailher de Chassat, t. I, p. 217; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 56.)

46. — *Lois concernant la distinction des biens.* (Liv. II, Code Nap.)

Supposons qu'une loi nouvelle change la nature de certains biens et déclare *meuble*, par exemple, un bien qui était précédemment *immeuble*.

Cette loi pourra-t-elle être appliquée aux actes quelconques, antérieurs à sa promulgation?

Ainsi, 1° deux époux se sont mariés, sous le régime de la communauté légale, à une époque où les rentes étaient *immeubles*, et par conséquent demeuraient propres à chacun d'eux (art. 1401, 1404).

2° Un individu a fait, sous l'empire aussi de cet ancien droit, un testament par lequel il a légué à *Primus* ses meubles, à *Secundus* ses immeubles; il est décédé depuis le Code Napoléon. (Art. 529, 530.)

Quelle sera, dans ces deux cas, l'influence de la loi nouvelle?

On a distingué, et on a dit :

S'agit-il d'un testament, acte révocable? le testateur, ayant survécu au Code Napoléon, sans changer, comme il le pouvait, ses dispositions, les rentes seront répu-

tées meubles et appartiendront au légataire des meubles.

S'agit-il d'un contrat de mariage, acte irrévocable?

Il faut sous-distinguer : les rentes, qui appartenaient déjà aux époux ou à l'un d'eux, *avant la promulgation du Code Napoléon*, seront toujours considérées comme immeubles, relativement aux époux et à la communauté; mais les rentes qui seront advenues aux époux, seulement *depuis la promulgation du Code Napoléon*, n'ayant jamais été possédées par eux que comme meubles, et étant entrées, avec cette qualité, pour la première fois dans leur patrimoine, seront réputées meubles, et tomberont, à ce titre, dans la communauté. Cette sous-distinction, professée par Merlin (*Rép.*, t. XVI, p. 254, et *Quest. de droit*, v° *Communauté*, § 1er, n° 4), et par Duranton (t. XIV, p. 151), a été aussi consacrée par un arrêt de la Cour de Rouen (19 janv. 1843, Bornot, Dev., 1843, II, 114.)

Je proposerais, pour mon compte, de n'admettre aucune de ces distinctions, et de laisser, dans tous les cas, aux rentes le caractère immobilier, qu'elles avaient à l'époque du testament et du mariage.

De quoi s'agit-il, en effet? uniquement d'interpréter la volonté, l'intention des parties; de savoir, par exemple, si le testateur a entendu léguer ses rentes à *Primus* plutôt qu'à *Secundus*.

Or, pour connaître l'intention des parties, il faut connaître la signification des termes par elles employés; et pour connaître cette signification, c'est le dictionnaire, c'est la loi de l'époque où l'acte a eu lieu qu'il faut consulter, et non pas un dictionnaire fait vingt ou trente ans après, qui a complétement changé l'acception des mots, et que les parties ne pouvaient pas deviner. (Comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 6.)

Voilà le motif essentiel qui me détermine, et qui me

semble applicable aux actes révocables comme aux actes irrévocables, aux rentes acquises par les époux *depuis la promulgation du Code Napoléon* comme à celles acquises avant.

Où est la loi qui impose au testateur l'obligation de refaire son testament, parce que la signification des mots a changé? Il faudrait, au moins, lui accorder un délai pour faire ce changement; or, la loi n'en a fixé aucun. Que déciderait-on, d'ailleurs, s'il était devenu incapable de manifester sa volonté? Tout cela donc nous paraît illogique; le principe, au contraire, est que la volonté du testateur, exprimée dans les formes légales, doit produire son effet, suivant l'acception qu'avaient les mots à l'époque où il les a employés. (Comp. Riom, 6 mai 1840, Delessière, Dev., 1840, II, 259.)

Quant aux rentes acquises par les époux, même *depuis la promulgation du Code Napoléon*, la Cour de cassation leur conserve aussi le caractère immobilier suivant lequel la convention, c'est-à-dire la commune volonté des époux, les a considérées dans l'origine. (Cass., 27 janv. 1840, Dayer, Cuvelier, Dev., 1840, I, 257 et 260.)

47. — Appliquons maintenant notre principe à quelques-unes des matières du *livre* III *du Code Napoléon.*

Une loi nouvelle, par exemple, change l'ordre des successions ab intestat?

Distinguez :

S'agit-il d'une succession *ouverte* avant sa promulgation?

C'est la loi ancienne qui est incontestablement applicable. D'une part, le fait est accompli; d'autre part, ce fait a été la cause efficiente, le principe générateur de l'attribution des biens aux héritiers qui en sont devenus propriétaires (art. 711.)

S'agit-il d'une succession future?

C'est la loi nouvelle qui devra être appliquée; alors, en effet, aucun fait accompli, aucune cause efficiente de transmission réalisée.

Toutefois, il ne faut appliquer ces principes qu'aux droits successifs proprement dits, et ne pas les étendre à certains droits de survie ou autres, qui résulteraient non pas seulement de la loi, mais d'un fait, d'une convention quelconque des parties elles-mêmes. (Merlin, *Répert.*, v° *Viduité*, p. 568, et t. XVI, p. 249; Cass., 11 janv. 1831, Lafitte, D., 1841, I, 51.)

48. — Mais l'obligation du rapport entre cohéritiers, par quelle loi sera-t-elle réglée?

Cette question est complexe et plus délicate.

En principe, il me semble que la loi nouvelle pourrait, sans rétroactivité, régler tout ce qui concerne l'obligation des rapports dans les successions qui s'ouvrent sous son empire. C'est cette loi, en effet, qui défère la succession; elle peut dès lors imposer ses conditions aux héritiers qu'elle appelle, et qui ne reçoivent leur titre que d'elle-même; c'est à eux d'accepter ou de refuser. Rigoureusement donc, une loi nouvelle pourrait soumettre au rapport une donation qui en était dispensée par la loi en vigueur, lorsqu'elle a été faite, et dispenser du rapport une donation qui y était soumise.

Toutefois, je ne pense pas que cette règle fût toujours bonne à suivre.

De ce que la loi nouvelle pourrait logiquement s'appliquer, dans tous les cas, aux donations antérieures, il n'en faudra pas, toujours et dans tous les cas, conclure qu'elle ait voulu s'y appliquer, et qu'elle ait entendu les régir par ses nouvelles dispositions.

Il faudra, au contraire, consulter et comparer les termes de la donation entre-vifs, la loi en vigueur à l'époque où elle a été faite, et enfin la loi nouvelle, ses termes, son esprit; et il pourra résulter de cette combinaison la preuve que la loi nouvelle n'a pas eu la volonté de régir les donations antérieures à sa promulgation.

Ainsi, par exemple, aujourd'hui, les donations faites à des collatéraux sont rapportables, s'il n'y a pas dis-

pense expresse de rapport (art. 843). Supposez qu'une loi nouvelle dispose, au contraire, que les donations faites à des collatéraux seront dispensées du rapport, si le donateur ne les y a point expressément soumises. Cette loi nouvelle devrait-elle être appliquée à une donation antérieure à sa promulgation? J'aurais peine à le croire. De quoi s'agit-il alors? D'une question d'intention de la part du disposant. A-t-il entendu que le donataire pourrait cumuler la libéralité avec sa part héréditaire? voilà toute la question. Eh bien! lorsqu'il a fait la donation sous le Code Napoléon, la condition du rapport existait, sans avoir besoin d'être stipulée; il est dès lors réputé avoir soumis sa donation au rapport, puisqu'il ne l'en a pas dispensée; or, cette loi nouvelle y soumet elle-même les donations, lorsque telle a été l'intention du disposant.

La question d'effet rétroactif appliquée aux *rapports* me paraît donc être tout spécialement subordonnée aux règles particulières de ce sujet; et c'est ce qui résulte des divers arrêts déjà rendus. (Cass., 15 déc. 1807, Bolla, Sirey, 1808, I, 116; Cass., 23 avril 1839, Bataille, Dev., 1839, I, 587; comp. Chabot, *Quest. transit.*, v° *Rapport à success.*, § 1, n° 3, et § 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 67; *voy.* pourtant Merlin, *Répert.*, v° *Rapport à success.*, § 2, art. 4, n° 3.)

49. — *Lois concernant les dispositions à titre gratuit.*

Il faut, pour apprécier l'influence des lois nouvelles sur ce sujet, distinguer le testament d'avec la donation entre-vifs.

A. — *Primus* a fait un testament au profit de *Secundus*.

Une loi nouvelle survient et change, 1° la quotité de biens disponible; 2° la capacité du testateur; 3° la capacité du légataire; 4° les formes du testament.

Sera-t-elle applicable, sur tous ces points, au testa-

ment déjà fait avant sa promulgation, mais dont l'auteur existe encore et décède sous son empire?

Le testament est un acte par lequel le testateur dispose *pour le temps où il n'existera plus*, de tout ou partie de ses biens, et *qu'il peut révoquer* (art. 895). Le légataire n'a donc, jusqu'à l'époque du décès, qu'une espérance précaire, qui peut être à chaque instant détruite ; rien n'est consommé, rien n'est acquis.

En conséquence, 1° la loi nouvelle sera applicable à la quotité disponible, soit qu'elle la diminue ou la supprime, soit qu'elle l'augmente; en faisant observer toutefois, pour le cas où elle l'augmenterait, qu'il y aura lieu, suivant les termes du testament, de rechercher, ainsi que nous l'expliquerons plus tard, si le testateur a eu l'intention de disposer au delà de la quotité déterminée par la loi en vigueur, à l'époque où il a testé.

C'est par le même motif que, sous le rapport de leur validité intrinsèque, les dispositions testamentaires doivent être appréciées d'après la loi en vigueur à l'époque du décès du testateur; et voilà comment le Code Napoléon a rendu inefficaces toutes les substitutions renfermées dans des testaments même antérieurs à sa promulgation, et dont l'auteur n'est décédé que depuis. (Comp. Bruxelles, 6 déc. 1809, Wacquenaert, Sirey, 1810, II, 217; Nîmes, 11 août 1812, Saltet, Sirey, 1814, II, 285; Cass., 6 janv. 1863, Labbey, Dev., 1863, I, 233.)

2° La loi nouvelle sera applicable à la capacité du testateur, qu'elle pourra rendre incapable de capable qu'il était, en faisant observer que si, au contraire, elle le rendait capable d'incapable qu'il était, à l'époque de la confection du testament, ce testament n'en demeurerait pas moins nul, parce que nous verrons aussi que le testateur doit avoir la capacité à la double époque de la confection du testament et de la mort; et qu'en conséquence, la loi nouvelle *disposerait pour le passé* (art. 2), si elle validait

un testament accompli, avant sa promulgation, par un incapable.

3° La loi nouvelle sera applicable à la capacité du légataire, qu'elle pourra rendre capable d'incapable qu'il était, et réciproquement. Cela est incontestable dans tous les cas où la loi nouvelle a été promulguée avant le décès du testateur.

Mais supposez un legs conditionnel. Le testateur est mort, et la condition est encore en suspens, lorsqu'une loi nouvelle vient changer la capacité de recevoir par testament. Cette loi sera-t-elle applicable au légataire conditionnel dans notre espèce?

On peut dire que le droit au legs n'est pas encore acquis, puisque le prédécès du légataire, avant l'événement de la condition, rendrait la libéralité caduque (art. 1040, Code Napol.), puisqu'il faut précisément que le légataire soit capable de recevoir, lorsque la condition s'accomplit.

Néanmoins je préfère le sentiment contraire. Le droit du légataire est acquis, en ce sens, du moins, que personne ne peut plus le lui enlever; ce droit, tel quel, est entré dans son patrimoine; il pourrait l'aliéner, le transmettre; il a pu, dès ce moment, lui ou ses ayants cause, y compter, sous la réserve seulement des chances qui y étaient attachées. Sans doute, l'acquisition définitive est conditionnelle, mais d'une manière désormais définie et déterminée. Or, un *droit* conditionnel n'en est pas moins un droit; et de ce qu'il est affecté de telle ou telle condition spéciale, il n'en faut pas conclure qu'une loi nouvelle puisse en ajouter d'autres, et moins encore l'anéantir!

Enfin, 4° je ne crois pas que la loi nouvelle sur les *formes* du testament soit applicable au testament antérieur à sa promulgation.

Le testament est consommé, quant à sa forme;

Or, la conséquence directe et immédiate de la forme

une fois accomplie, c'est la preuve légale qui en résulte; c'est la manifestation solennelle et probante des volontés du testateur;

Donc, cette conséquence, cet effet, doivent être immédiatement acquis par le fait même de la confection du testament.

Remarquez bien, en effet, que notre article 2 ne dit pas seulement que la loi n'a pas d'effet rétroactif; il commence par ces mots : *La loi ne dispose que pour l'avenir ;* et il me semble qu'il y a ici une nuance qu'il est bon de ne pas négliger.

En vain on dirait que l'application de la loi nouvelle ne froisserait aucun droit acquis! puisque le légataire n'en a absolument aucun. J'ai déjà répondu que le droit est acquis sous le rapport de la validité *extrinsèque*, et de la force probante de l'acte lui même. J'ajoute que la loi nouvelle, si elle annulait cet acte antérieur pour inobservation des formes par elle introduites, ne disposerait pas seulement pour l'*avenir*, mais même pour le *passé*.

Je crois bien que le législateur pourrait imposer aux testateurs l'obligation de refaire leur testament suivant les formes nouvelles; mais alors il ne manquerait pas, sans doute, de régler cette mesure par quelques dispositions spéciales, et par exemple, d'accorder un délai quelconque. Si donc il n'a rien déclaré à cet égard, il doit d'autant moins être présumé l'avoir voulu, que l'absence de toutes dispositions transitoires pourrait rendre très-inique l'application immédiate de la loi nouvelle; par exemple, si le testateur interdit ne pouvait pas refaire son testament, ou s'il décédait peu de temps après la promulgation de la loi nouvelle (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 52).

50. — Par les mêmes motifs, je pense qu'on peut généraliser cette proposition, et considérer comme valable, quant à la forme, tout acte fait suivant les formes exigées à l'époque où il a eu lieu.

Quid enim antiquitas peccavit, dit Justinien, *quæ præsentis legis inscia, pristinam secuta est observationem?* (L. 19, *in fine* Cod. de test.; comp. Bruxelles, 15 frimaire an XII, Sirey, 4, II, 73; Turin, 7 juin 1809, Servetti, Sirey, 1810, II, 46; Cass., 23 juin 1813, de Beaudecourt, Sirey, 1813, I, 378; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Testament*, § 12; Toullier, t. V, n° 382).

51. — B. Parlons maintenant des donations entre-vifs.

Primus a fait une donation entre-vifs à *Secundus*.

Une loi nouvelle survient et change 1° la capacité du donateur; 2° la capacité du donataire; 3° les formes de la donation entre-vifs; 4° la quotité de biens disponible.

Cette loi sera-t-elle applicable, sur tous les points, à la donation entre-vifs antérieurement faite?

La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur *se dépouille actuellement et irrévocablement* de la chose donnée, en faveur du donataire, qui l'accepte (art. 894).

Il y a donc ici, d'une part, un fait *accompli;* et d'autre part, ce fait a été le principe générateur, la cause efficiente d'un droit dès lors irrévocable, sur lequel le donataire a dû compter (art. 938).

Il faut, en conséquence, répondre que la loi nouvelle ne sera point applicable à cette donation *antérieurement parfaite*, soit quant à la capacité du donateur et du donataire, soit quant aux formes de la donation. Et il faudrait le décider ainsi, lors même que la donation serait conditionnelle, et que l'événement ne serait point encore accompli. Nous avons déjà dit qu'un *droit conditionnel* n'en est pas moins un *droit;* et cette proposition est ici d'autant plus certaine, que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où la donation a été faite (art. 1179).

Mais supposons que la loi nouvelle change la quotité de biens disponible.

Par exemple, aujourd'hui, sous le Code Napoléon, la

quotité disponible de celui qui a un enfant, est de moitié (art. 913). Eh bien! donc, la loi nouvelle 1° la diminue et la réduit au tiers; 2° ou bien l'augmente et la porte aux trois quarts.

Et d'abord, si la loi nouvelle diminue la quotité disponible, je pense qu'elle ne sera point applicable à la donation antérieure. En effet, au moment où cette donation s'est accomplie, elle a immédiatement et irrévocablement transféré au donataire la propriété de tous les objets qui y étaient compris. Il est vrai qu'elle a été aussi, à ce moment, affectée d'une chance de réduction, pour le cas où, lors du décès du donateur, et eu égard à la valeur de ses biens et à la qualité de ses héritiers à cette époque (art. 920), cette donation excéderait la quotité disponible. Mais remarquez bien que cette chance était, dès cet instant même, spéciale, définie, déterminée; en dehors de cette condition, la donation était incommutable, et le droit du donataire absolu!

Qui soutiendrait, par exemple, que, si à l'époque de la donation, il n'existait aucune loi qui restreignît, quant à la quotité des biens, la faculté de disposer, une loi postérieure pourrait, en établissant une réserve, attenter au droit du donataire? Personne, assurément; car le droit aux biens donnés lui avait été incommutablement acquis; et la loi nouvelle ne pourrait pas l'en dépouiller, sans une rétroactivité flagrante. Eh bien! il en est tout à fait de même dans notre hypothèse; la propriété des objets donnés a été incommutablement acquise au donataire, sauf une chance définie et spéciale de réduction, on ne pourrait en ajouter une autre sans une évidente rétroactivité (comp. Cass., 24 août 1825, Folty, Sirey, 1826, I, 203; Cass., 11 nov. 1828, Tintand, Sirey, 1829, I, 63; Cass., 31 janv. 1832, Soucaret, Dev., 1832, I, 219; Cass., 16 avril 1862, Grémillon, Dev., 1862, I, 970; Paris, 7 janv. 1870, Willemin, Dev., 1870, II, 97; Merlin, *Repert.*, v° *Effet rétroact.*, sect. III, § 2, art. 6, n° 5; Duranton, t. I, n°s 56, 57).

Mais changeons l'hypothèse; la loi nouvelle, au contraire, a augmenté la quotité disponible; elle a, si vous voulez, supprimé toute réserve.

Dans ce cas, je pense qu'elle sera applicable au donataire antérieur, qui pourra invoquer ainsi la loi nouvelle, quand elle augmentera la quotité disponible; tandis que cette loi ne pourrait pas lui être opposée, si elle la diminuait.

Cette différence repose sur des principes importants.

Dès l'instant de la donation entre-vifs, le donataire est devenu propriétaire des biens donnés (art. 894, 938), sous la condition *résolutoire seulement*, qu'il serait soumis à la réduction, si, à l'époque du décès, il se trouvait des héritiers ayant qualité pour la demander (art. 920);

Or, à cette époque, il n'y a pas d'héritiers à réserve, ou il n'en existe que pour une certaine quotité de biens;

Donc, le donataire doit demeurer propriétaire, puisque la condition, sous laquelle seulement son droit pouvait être résolu, ne s'est pas accomplie (comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. II, n° 193).

Et en effet, par qui donc et de quel droit pourrait être demandée la réduction, en vertu de l'ancienne loi?

Par les héritiers présomptifs d'alors?

Mais nous avons vu qu'il n'était résulté pour eux de cette loi que de simples expectatives (*supra*, n° 47); mais l'espoir d'une succession future ne constitue aucun droit acquis; et la réserve précisément n'est qu'une partie de la succession ab intestat.

Les héritiers legitimes, réservataires ou autres, ne tiennent leur vocation et leur titre que de la loi, sous l'empire de laquelle s'ouvre la succession, de cette loi qui seule les appelle; donc, ils n'ont d'autres droits que ceux qu'elle leur confère, ou bien ils n'en ont pas du tout. (Cass., 2 juin 1835; Bellamy, Dev., 1837, I, 196.)

52. — Il me semble que la solution, que je propose, ne devrait être modifiée qu'autant qu'il résulterait des

termes de la disposition et de toutes les circonstances du fait, que le donateur n'aurait voulu, en aucun cas, dépasser la quotité disponible fixée par la loi en vigueur au moment où il disposait. Mais alors on aperçoit que le moyen d'attaque contre le donataire ne se trouverait plus véritablement dans la loi ancienne, mais bien dans la donation elle-même, dans le titre même du donataire (Riom, 2 janv. 1819, Giry, Sirey, 1819, II, 289).

53. — J'applique à l'espèce de donation par contrat de mariage, connue sous le nom d'institution contractuelle, les principes, que je viens d'exposer, à cet égard, sur la donation entre-vifs; car elle est aussi irrévocable (art. 1083), quoiqu'elle n'ait d'effet que par la survie du donataire au donateur (art. 1089; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 309).

54. — *Lois concernant les contrats.*

Un contrat quelconque a été fait sous l'empire du Code Napoléon : une vente, une société, un prêt, un contrat de mariage, etc.

Une loi nouvelle survient et change, 1° les conditions essentielles; 2° la forme ou le mode de preuve; 3° les effets de ce contrat.

Cette loi nouvelle sera-t-elle applicable au contrat antérieur ?

1° D'abord, quant aux conditions essentielles, de deux choses l'une :

Si le contrat, d'après la loi en vigueur à l'époque où il a eu lieu, était valable, le lien de droit, *vinculum juris*, s'est, dès ce moment, formé; et, il y a eu *droit acquis* pour les parties d'en réclamer l'exécution.

Si le contrat a été, au contraire, affecté d'une cause de nullité, de rescision, de résolution, il y a eu, dès ce moment aussi, *droit acquis* pour les parties ou pour l'une d'elles, de la proposer.

La loi nouvelle ne peut donc rien changer ni à l'une ni à l'autre de ces situations; elle ne peut pas plus annuler

le contrat valable que valider le contrat nul ou annulable (comp. Cass., 27 mai 1861, Foerster, Dev., 1862, I, 507; Cass., 23 févr. 1864, Jullien, Dev., 1864, I, 385; Cass., 10 juill. 1867, Pauchon, Dev., 1867, I, 287).

2° Quant aux formalités et au mode de preuve, de deux choses l'une encore :

Si, à son origine, le contrat, tel qu'il a été fait, réunissait les formes requises et pouvait être prouvé d'après la loi alors en vigueur, le droit a été acquis aux parties d'en prouver l'existence et d'en poursuivre l'exécution; c'est l'effet direct et immédiat de tout contrat valable (comp. Cass., 24 août 1813, Vittecoq, Sirey, 1813, I, 466; Cass., 17 nov. 1829, de Laguerinière, Dev., 1830, I, 321; Cass., 16 août 1831, L'orphelin, Dev., 1831, I, 404; Cass., 23 mai 1832, Dev., 1832, I, 600; Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3, art. 5, n° 4; Duranton, t. I, p. 66).

Si, au contraire, le contrat pouvait être annulé pour vice de formes, ou n'était pas susceptible d'être prouvé sous l'empire de l'ancienne loi, le droit a eté de même acquis aux parties de demander la nullité pour vice de formes, ou de proposer l'insuffisance de la preuve.

Le contrat, en effet, ne peut être valable que par le consentement des parties légalement prouvé; or, nous supposons que leur consentement, tel qu'elles l'ont donné, ne les a pas liées; donc, il n'y a pas eu de contrat valable.

La loi nouvelle n'est donc pas encore ici applicable; et elle ne peut ni destituer la convention antérieure de la force probante qui lui appartenait, ni conférer cette force probante à la convention antérieure, qui en était destituée (voy. pourtant Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 69).

3° Enfin, quant aux effets du contrat, la loi nouvelle ne peut pas non plus les régir.

Ainsi que nous venons de le dire, les obligations ré-

sultant d'un contrat, dérivent de la volonté des parties ; de leur volonté expresse ou tacite, déclarée ou sous-entendue, mais toujours de leur volonté (art. 1101, 1135).

Or, il est bien évident qu'elles n'ont pas eu, qu'elles n'ont pas pu avoir la volonté de se soumettre à des obligations, qu'aucune loi n'attachait à leur convention, lorsqu'elles l'ont faite, obligations qu'elles ne pouvaient pas prévoir, et auxquelles peut-être elles n'auraient pas voulu consentir.

En effet, si on applique aux contrats, qui se forment sous l'empire d'une loi, les conséquences que cette loi attache à ces contrats, c'est parce que les parties sont présumées les avoir adoptées; tel est le caractère et le but de ces sortes de lois, qui expliquent à l'avance les effets des contrats, leurs effets naturels, équitables, adoptés par les mœurs et par l'usage. Ces lois, purement facultatives et interprétatives, n'ont de force obligatoire entre les parties contractantes que parce que celles-ci sont présumées s'y être tacitement soumises (art. 1135; *voy.*, par exemple, art. 1626, 1627; Comp. Cass. 12 févr. 1817, Backeley, Sirey 1818, I, 66; Cass. 9 mars 1819, Sauzay, Sirey 1819, I, 303; Cass. 27 janv. 1840, 1re espèce : Dayez; 2e espèce : Cuvelier, Dev. 1840, I, 257-260; Merlin, *Répert.*, v° *Gains nuptiaux et de survie*, § 2; *Quest. de dr.*, v° *Tiers coutumier*, § I; Chabot, *Quest. trans.* v° *Communauté légale*, t. I, p. 29).

Et cette proposition est vraie, non-seulement des effets actuels, mais encore des effets futurs, éventuels et conditionnels, qui n'ont aussi pour principe que le contrat, c'est-à-dire toujours et uniquement la commune intention des parties (Comp. notre *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 360).

La loi nouvelle ne peut donc modifier aucun de ces effets du contrat, ni les augmenter, puisqu'elle aggraverait les obligations du débiteur; ni les diminuer, puis-

qu'elle attenterait au droit du créancier (Comp. loi du 3 septembre 1807, art. 5; Cass., 5 mars 1834, Dev. 1834, I, 597; Cass., 15 nov. 1836, Colin., Dev., 1836, I, 939; Chambéry, 14 juillet 1862, Barral, Dev., 1863, II, 7 ; Cass., 14 juill. 1863, Barral, Dev. 1863, I, 333).

55. — Les principes, que nous venons d'exposer, nous amènent à une question célèbre, celle de savoir si l'article 1912 est applicable aux rentes constituées *avant le Code Napoléon*, lorsque c'est *depuis le Code Napoléon* que le débiteur a cessé, pendant deux ans, d'en servir les arrérages.

Il ne faut pas changer les termes de cette question et considérer l'article 1912 *comme une interprétation de l'ancien droit* (Zachariæ, t. I, p. 52). Admettons ici (sauf à prouver cette proposition plus tard), que l'article 1912 du Code Napoléon est introductif d'un droit nouveau.

Pour soutenir que cet article est applicable, on dit qu'il s'agit : 1° d'un fait *postérieur* au Code Napoléon, c'est-à-dire du défaut de payement pendant deux années écoulées depuis sa promulgation; 2° d'un fait volontaire, imputable au débiteur, qui pouvait l'empêcher; 3° d'un *mode d'exécution*, que la loi nouvelle peut toujours régler sous son empire, même à l'égard des contrats antérieurs.

Cette opinion, professée par beaucoup d'auteurs, compte aussi, en sa faveur, de nombreux arrêts de la Cour de cassation. L'un de ces arrêts est conçu en ces termes :

« Attendu qu'il appartient à la loi de régir les faits qui « se passent sous son empire, d'en déterminer les consé- « quences et d'y attacher les peines qu'elle juge néces- « saires au maintien de ses dispositions; — Attendu que « l'article 1912 du Code Napoléon ne porte aucune at- « teinte aux conventions constitutives des contrats de « rente passés avant sa promulgation; qu'il se réfère « seulement à l'exécution de ces contrats, pour le cas

« où les parties n'ont pas réglé elles-mêmes cette exécu-« tion; que le défaut de payement des arrérages des « rentes constituées n'étant prévu par aucune disposition, « soit de la législation ancienne, soit des contrats, a pu « être réglé par le Code Napoléon, pour les arrérages cou-« rus depuis sa promulgation, sans lui attribuer un effet « rétroactif.... » (Cass., 25 novembre 1839, Sermet, Dev., 1840, I, 352; ajout. Merlin *Répert.*, t. XVI, page 260; Troplong, des *rentes constituées*, n° 485; Toullier, t. VI, n° 250).

J'avoue que je ne suis pas convaincu.

Et d'abord, il ne me paraît pas exact de dire que la loi puisse toujours *régir les faits qui se passent sous son empire et en déterminer les conséquences*, lorsque ces faits eux-mêmes ne sont que des conséquences de contrats antérieurs; voilà précisément, ainsi que nous l'avons dit plus haut, ce qui fait la grande difficulté de ce sujet; c'est qu'il y a *certains faits qui se passent sous l'empire de la loi nouvelle*, et qu'elle ne doit pas néanmoins régir. La proposition ainsi formulée est donc beaucoup trop générale; je la crois pleine de danger; et la preuve en est, à mon avis, dans l'application même, qui en est faite aux rentes constituées avant le Code Napoléon.

De quoi donc s'agit-il ?

D'infliger *une peine !...* pour le *maintien des dispositions de la loi !*

Mais il me semble qu'il ne peut être ici question ni de *peine* ni du *maintien des dispositions de la loi*.

Il ne s'agit que d'une pure question d'*interprétation* d'un contrat privé.

Il ne s'agit que de savoir quelle a été l'intention des parties, et quelles obligations le débiteur a entendu contracter.

Que fait donc l'article 1912? Est-ce, en effet, une peine qu'il décrète? une peine de droit public ? eh ! non, sans doute. Il interprète la commune intention des par-

ties, de la même manière que les titres de la vente, du louage, de la société, etc. Les parties, qui traitent sous l'empire de cet article, sont réputées s'y référer et l'adopter. Voilà le seul principe et l'unique source de sa force obligatoire pour les contrats de rente passés depuis le Code Napoléon;

Or, il est certain que les parties qui traitaient avant le Code, sous une loi différente, n'ont pas pu vouloir se soumettre à cet article 1912, puisqu'elles ne le connaissaient même pas;

Donc, il ne saurait leur être appliqué.

Cela est si vrai, que les partisans même de l'opinion contraire sont forcés de reconnaître que cet article ne serait pas applicable, si le contrat antérieur renfermait quelque stipulation expresse sur les conséquences du défaut de payement des arrérages (M. Richelot, t. I, p. 53; *voy.* aussi l'arrêt ci-dessus). Mais cette inévitable concession ne ruine-t-elle pas tout le système, puisque encore une fois il est incontestable que les stipulations tacites et virtuelles d'un contrat ont autant de force et d'effet que les stipulations expresses! De là cet adage: *Eadem vis taciti atque expressi* (art. 1135).

Mais on dit que *le défaut de payement des arrérages n'était prévu par aucune disposition de la législation ancienne*. D'abord, on pourrait répondre que cette proposition est trop générale, puisque l'article 149 de l'ordonnance de 1629, observée dans le ressort de quelques parlements, *défendait de contraindre les débiteurs au rachat des rentes constituées, sinon en cas de stellionat* (Merlin, *Répert.*, v° *Rente const.*, § 10, n° 2; M. Richelot, t. I, page 53). Mais en outre, et si la législation ancienne n'avait, en effet, aucune disposition spéciale sur le défaut de payement des arrérages de la rente, il en résultait seulement de deux choses l'une : ou bien le créancier ne pouvait pas, même dans ce cas, exiger le remboursement du capital, à raison de la nature particulière de ce contrat,

pour la validité duquel, dit Pothier, *il est nécessaire qu'il ne puisse jamais l'exiger* (*Du contrat de rente*, n° 43); ou bien, si le créancier pouvait exiger son remboursement, c'était, en l'absence de toute dispositton spéciale, par application seulement de la règle commune à tous les contrats à titre onéreux, et d'après laquelle la résolution peut être prononcée en justice contre la partie, qui ne remplit pas ses engagements (Pothier, n° 48) ; mais, dans ce cas, aucun terme fatal n'était nécessairement fixé ; et les juges avaient le pouvoir d'accorder un délai au débiteur.

Eh bien ! il me semble que dans l'une et dans l'autre de ces hypothèses, l'application de l'article 1912 à un contrat antérieur est également rétroactive, puisque, dans le premier cas, ce contrat n'était pas du tout résoluble, et que, dans le second cas, il n'était soumis qu'à une condition résolutoire, tacite et facultative. Au contraire, l'application de l'article 1912 y introduit, après coup et de vive force, une condition résolutoire expresse, inexorable, dont l'effet, les deux ans une fois expirés, ne peut pas même être conjuré par le payement intégral de tous les arrérages ! Or, je pense que ce n'est pas là seulement *régler le mode d'exécution du contrat;* c'est altérer, c'est dénaturer profondément ses conditions essentielles et constitutives; c'est le rendre conditionnel de pur et simple qu'il était!

Supposons qu'une loi nouvelle vienne décider que le débiteur d'une rente viagère pourra être contraint au remboursement du capital pour défaut de payement des arrérages pendant deux ans; est-ce que cette loi sera applicable à un contrat de rente viagère constitué sous l'empire du Code Napoléon (art. 1978), lors même que le défaut de payement serait un fait postérieur à la nouvelle loi?

On peut induire, il est vrai, aussi de quelques arrêts l'affirmative (Comp. Cass., 8 déc. 1822, Sirey, 1823, I,

220; Cass., 17 juill. 1824, Sirey, 1824, I, 401; Bordeaux 19 août 1829, Sirey, 1830-2-6).

Mais, en vérité, une telle doctrine nous paraît, de tous points, inadmissible! (Comp. Chabot., *Quest. transit.*, v° *Rentes viagères*, § I; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 64).

56. — Il est vrai que la loi nouvelle peut régler le *mode d'exécution* des contrats antérieurs, et quelquefois même soumettre l'exercice et la conservation des droits antérieurement acquis à des diligences, à des formalités par elles introduites, telle qu'une inscription hypothécaire, un inventaire, etc. (Loi du 11 brumaire, an VII; Bordeaux, 7 mai 1836, Raymond, Dev., 1836, II, 488).

Mais il faut, pour qu'une telle application soit exempte de rétroactivité :

1° Qu'il ne s'agisse, en effet, que du *mode d'exécution*, et que, au lieu de *régler* seulement, on ne *crée* pas une condition résolutoire dans un contrat antérieur pur et simple;

2° Qu'il s'agisse, non pas seulement de faits *personnels*, mais aussi de faits *volontaires*, que la partie, quelle que fût d'ailleurs sa position particulière, brillante ou malaisée, pouvait toujours accomplir, et ne doit dès lors imputer qu'à elle-même de n'avoir pas accompli, comme par exemple, les formalités ci-dessus, une inscription, un inventaire.

J'ai insisté sur cette matière, parce que la jurisprudence de la Cour de Cassation sur l'article 1912, qui ne me paraît pas conforme aux principes, pourrait être aussi, selon moi, très-dangereuse et très-menaçante. Il n'y aurait plus aucune sécurité dans les transactions, si une loi nouvelle pouvait ainsi venir, après coup, changer et aggraver la position des parties contractantes (*voy.* encore *infra*, n° 60).

57. — On a proposé, à cet égard, une distinction entre *les effets* et *les suites* des contrats.

Les effets seraient toujours régis par la loi en vigueur

à l'époque du contrat; et *les suites*, au contraire, par la loi nouvelle.

Cette distinction a été généralement adoptée en principe; mais on s'est beaucoup divisé dans l'application (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Eff. rétr.*, sect. III, § 3, art. 3); et il est, en effet, très-difficile de la bien préciser. Ainsi, on a encore rangé parmi *les effets* du contrat de constitution de rente le défaut de payement des arrérages; mais, à ce compte, tous *les effets*, même les plus directs, d'un contrat n'en seraient-ils pas des *suites?* est-il rien qui se rattache de plus près à la convention même des parties, que le point de savoir quel sera le droit du créancier, en cas d'inexécution de cette convention par le débiteur?

Je pense donc qu'il faut se défier de cette distinction très-délicate au fond, et représentée, d'ailleurs, par des termes presque synonymes.

Mais s'il fallait poser ainsi une différence théorique entre les effets et les suites des contrats, je crois qu'on pourrait dire, avec Merlin, que *l'on doit considérer comme suites, et non comme effets, ce qui arrive à l'occasion du contrat, mais n'a pas une cause inhérente au contrat même.* Je conçois bien, par exemple, comment l'obligation de garantie résultant du partage d'une société formée sous la loi ancienne, sera néanmoins réglée par la loi nouvelle sous l'empire de laquelle le partage aura lieu; car ce partage constitue une convention principale elle-même et toute nouvelle, qui a eu lieu sans doute à l'occasion de la société formée sous l'ancienne loi, mais qui n'en était pas un effet déterminé d'avance, surtout quant à l'obligation de garantie.

58. — Je n'ai parlé, jusqu'à présent, que des obligations dérivant des contrats.

Il faut appliquer les mêmes principes aux obligations, aux actions civiles résultant des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, *accomplis* avant la promulgation d'une loi nouvelle.

La position des parties est alors aussi déterminée :

1° Sous le rapport des droits et des obligations, dont ce *fait passé* a été la cause efficiente;

2° Sous le rapport de l'admissibilité ou de la non-admissibilité de la preuve.

59. — Mais il est essentiel de ne pas confondre le *fond* avec la *forme*, le *droit lui-même* avec l'*exercice du droit*, ce qui est enfin *decisorium* avec ce qui n'est qu'*ordinatorium* (comp. Cass., 23 janv. 1865, Rabatel, D., 1865, I, 22).

En effet, ce qui concerne la *forme de procéder* est réglé, même à l'égard des droits antérieurement acquis, par les lois en vigueur à l'époque où ces droits sont exercés (art. 1041, Cod. de procéd.). On ne peut pas dire que les particuliers aient eu spécialement en vue les formalités de procédure et d'exécution telles qu'elles étaient réglées par les lois, au moment où leurs droits et obligations ont pris naissance.

Cela ne serait pas même exact, en ce qui concerne la juridiction et la compétence des tribunaux, quoique pourtant cette dernière proposition soit plus susceptible de controverse. Mais nous croyons que tous ces points n'ont pas été l'objet des stipulations même tacites, ni des attentes véritablement sérieuses et respectables des parties, et qu'elles s'en sont remises, au contraire, à la puissance publique du soin d'employer, dans l'intérêt particulier et général, le mode le plus prompt, le plus économique, et aussi le plus sûr pour la bonne administration de la justice. (Arrêté des Consuls du 5 fructidor an IX; Cass., 6 octobre 1837, Blanchard, D., 1837, I, 535; Cass., 29 janv. 1855, *Moniteur* du 9 fév. 1855; Cass., 7 déc. 1865, Miloud-Oud, Dev., 1866, I, 312; *voy.* toutefois l'article 12 de la loi du 11 avril 1838 sur les tribunaux civils de première instance; article de M. Bazot : *De la Rétroactivité des lois de compétence*, Revue critique de jurisprudence, 1873, p. 513 et suiv.; Cass., 7. juill. 1871, Lapeyre, Dev., 1871, I, 85.)

60. — *Lois sur les hypothèques.*

Il ne saurait être douteux, après tout ce que nous avons dit, qu'une loi nouvelle, qui modifierait les conditions de validité des hypothèques ne pourrait pas être appliquée à une hypothèque antérieurement établie. Cette loi pourrait bien, ainsi que l'avait fait la loi du 11 brumaire an VII, imposer elle-même au créancier l'obligation de remplir une certaine formalité, de prendre, par exemple, une inscription dans tel délai. Nous avons vu que ces sortes de dispositions transitoires n'ont rien d'injuste ni de rétroactif; mais il y aurait une rétroactivité flagrante dans une modification du droit hypothécaire lui-même (art. 2135, *in fine*).

J'en citerai un remarquable exemple.

Ce même article 2135 déclare que la femme mariée n'a d'hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari qu'à compter du jour de l'obligation. Doit-on l'appliquer aux obligations contractées *sous l'empire du Code Napoléon*, par une femme mariée *avant sa promulgation* et sous l'empire d'une coutume, qui lui accordait hypothèque pour toutes ses créances, à dater du jour du mariage?

Il me semble que, si l'on adoptait ici les propositions consacrées par la Cour de cassation sur la question de l'article 1912 (n° 55, *supra*), on devrait répondre affirmativement. On pourrait dire, en effet, aussi bien que dans l'autre hypothèse, qu'il *appartient à la loi de régir les faits qui se passent sous son empire et d'en déterminer les conséquences*, et qu'il s'agit, dans ce cas, d'un fait postérieur au Code Napoléon, et, en outre, volontaire de la part de la femme.

N'est-il pas permis dès lors de penser que la Cour de cassation ne regarde pas elle-même ces propositions comme très-sûres, puisque, sur cette nouvelle question, elle a décidé que l'article 2135 n'est point applicable? (Cass., 26 janvier 1836, Perrot, D., 1836, I, 98.)

Et, en ce qui me concerne, je le crois tout à fait ainsi. La femme, au moment où elle se mariait sous l'empire de l'ancienne coutume, a dû compter sur la garantie de l'hypothèque telle qu'elle lui était alors assurée, et régler, en conséquence, ses conventions matrimoniales. En vain on oppose que l'obligation est un fait postérieur au Code Napoléon et volontaire de la part de la femme; d'une part, ce fait postérieur n'est lui-même que la réalisation de l'une des conséquences déterminées d'avance par un contrat antérieur et irrévocable; d'autre part, la Cour de Paris a très-bien remarqué (26 mars 1836, Chéronnet, Dev., 1836, II, 209), que, précisément, l'ancienne coutume ne considérait pas que l'hypothèque dépendît alors d'un acte purement potestatif de la part de la femme. Ajoutons que ce motif nécessiterait, d'ailleurs, une distinction entre les différentes causes de créances de la femme, et que, par exemple, pour les successions à elle échues, il faudrait, même dans l'opinion que je combats, laisser à son hypothèque le rang que lui accordait l'ancienne coutume. Mais cette distinction, proposée, en effet, par Grenier (t. I, p. 517), ne me paraît qu'un argument de plus en faveur du principe contraire, qui, s'il est exact, comme je le crois, doit s'appliquer à l'hypothèque tout entière (comp. Troplong, *Hyp.*, n° 630; *voy.* toutefois Cass., 29 mai 1845, Romey, 4 août 1845, Faquin, Dev., 1845, I, 709, 710).

61. — *Lois sur la prescription* (art. 2219).

En théorie, une loi nouvelle, qui modifie la durée ou les autres conditions de la prescription, peut-elle être appliquée aux prescriptions déjà commencées au moment de sa promulgation?

Cette question divise les jurisconsultes.

Plusieurs enseignent que l'article 2281 ne fait que respecter les *droits acquis*, lorsqu'il déclare que *les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre, seront réglées conformément aux lois an-*

ciennes (comp. Demante, t. III, p. 580; Duranton, t. I, p. 46).

D'autres, au contraire, professent que cet article est plutôt une disposition de *faveur* que de principe, et que, par conséquent, s'il n'eût pas existé, on aurait dû appliquer le titre des prescriptions du Code Napoléon, même aux prescriptions antérieurement commencées (Merlin, *Rép.*, t. XVII, p. 410; Troplong, t. II, nº 1075).

Il me semble que chacun de ces systèmes aura plus ou moins de force, suivant les différentes dispositions de la loi nouvelle.

Si cette loi est contraire au *débiteur* ou au *possesseur*, qui sont en voie de prescrire, parce qu'elle augmente, par exemple, la durée du temps requis, la seconde opinion paraîtra plus fondée; car le *débiteur* ou le *possesseur* ont si peu alors un *droit acquis*, qu'un acte interruptif de la part du *créancier* ou du *propriétaire* peut empêcher l'effet de tout le temps passé.

Que si vous supposez la loi nouvelle contraire au *créancier* ou au *propriétaire*, parce qu'elle abrége, par exemple, la durée du temps requis, on conçoit mieux alors comment la première opinion peut dire qu'ils avaient le droit acquis d'exercer leur action pendant tout le temps déterminé par l'ancienne loi, puisque ce droit ne pouvait leur être enlevé par personne.

Malgré cette observation, je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer; et je préfère, dans tous les cas, le second système.

Est-il rigoureusement vrai de dire, comme Duranton, que *les parties sont censées avoir traité en considération des chances d'extinction de la créance ou du droit?* Y a-t-il là en effet, une clause *conventionnelle*, *contractuelle*, une clause que les parties aient eu la volonté, même tacite, de *prévoir*, de *stipuler?* Peut-on dire, enfin, qu'elles n'aient traité que sous la condition, même virtuelle, de la durée de l'action accordée par la loi d'alors? Cela paraît fort

contestable; et on peut très-bien soutenir que les lois sur la prescription ne sont pas au nombre de ces lois purement *interprétatives*, qui n'ont de force que par la volonté des parties elles-mêmes, mais qu'elles constituent, au contraire, des dispositions d'ordre général, auxquelles même il n'est pas toujours permis de renoncer (art. 2220). Du moins paraît-il certain que les parties n'ont conçu, à cet égard, qu'une attente trop peu définie et trop vague, pour qu'on y voie *un droit acquis;* d'autant plus qu'il s'agit d'une loi d'utilité générale, et dont l'application immédiate n'a d'ailleurs rien d'inique, puisque le délai nouveau qu'elle accorde, s'il est plus court que l'ancien, ne doit jamais courir, bien entendu, qu'à partir de sa promulgation (art. 2).

Ainsi donc, théoriquement, je crois que, dans tous les cas, les lois nouvelles sur la prescription devraient être appliquées même aux prescriptions antérieurement commencées. L'article 691 et la disposition finale de l'article 2281 lui-même ne sont que l'application de ces principes. (Cass., 8 août 1837, Béthune, D., 1837, I, 432; Chambéry, 12 févr. 1869, Lemoine, Dev., 1870, II, 9.)

62. — Mais il n'en faut pas moins reconnaître en même temps que la première partie de l'article 2281 a consacré, dans le Code Napoléon, la proposition contraire.

C'est par application de cet article qu'on a jugé :

1° Qu'un billet à ordre souscrit et *échu* avant la publication du Code de commerce, c'est-à-dire dont la prescription était commencée avant cette époque, demeurait soumis à l'ancienne prescription de trente ans, et n'était pas prescrit par cinq ans écoulés depuis le nouveau Code. (Art. 189; Cass., 20 avril 1830, Dagrenat, Dev., 1830, I, 212.)

2° Que les fermages *échus* avant le Code Napoléon n'étaient également prescriptibles que par trente ans, et non point par cinq ans même écoulés depuis le Code. (Art. 2277.)

Mais on a jugé aussi que la prescription de cinq ans s'applique même aux intérêts dus en vertu d'un contrat antérieur au Code Napoléon, *s'ils sont échus depuis* (Amiens, 21 décembre 1824, Mathieu, D., 1831, II, 65); et cette décision s'accorde avec les précédentes, qui ont statué sur des billets *échus*, sur des fermages *échus* avant les nouvelles lois, c'est-à-dire sur des hypothèses *où la prescription était déjà commencée.*

63. — Je ne puis pas m'empêcher de faire remarquer que ces arrêts mêmes, qu'on oppose d'ordinaire aux principes théoriques, que nous venons de poser (Duranton, t. I, p. 46), en seraient, au contraire, la confirmation.

En effet, puisqu'ils reconnaissent que les fermages et les intérêts, même dérivant d'un *contrat antérieur*, seront soumis à la prescription plus courte établie par la nouvelle loi, lorsqu'ils seront *échus* sous cette loi, c'est donc que ce contrat antérieur ne renfermait, à cet égard, aucune stipulation contraire! car, en raison, je ne vois pas de motif de différence vraiment décisif pour distinguer, parmi les intérêts dérivant *du même contrat*, ceux qui sont échus *depuis* le Code, lorsqu'il s'est également écoulé, pour les uns et pour les autres, cinq ans depuis le Code. Pourquoi les uns ne seront-ils pas prescrits, tandis que les autres le seront? je comprends qu'on réponde que c'est l'article 2281, qui l'a ainsi voulu; mais est-il bien possible d'en donner, en théorie, une autre raison?

64. — Nous ne pousserons pas plus loin ces applications du principe fondamental de notre article 2; la carrière serait sans limites!

Il est toutefois un ordre de lois qu'il faut ici mentionner encore; je veux parler des lois pénales.

Un fait est commis aujourd'hui; et je suppose : 1° qu'aucune loi ne le punit; 2° ou que la loi actuelle lui inflige telle ou telle peine déterminée.

Une loi nouvelle survient qui : 1° prononce une peine

contre le fait d'abord non puni ; 2° aggrave la peine déjà existante ; 3° la diminue ou même la supprime entièrement.

Il est bien évident que, dans les deux premiers cas, cette loi nouvelle ne sera point applicable au fait antérieur. L'article 4 du Code pénal n'est, à cet égard, que l'application la plus nécessaire de notre article 2.

Toutefois, si inviolable que soit cette règle, il ne faut pas l'étendre au delà de ses bornes. La loi pénale ne peut atteindre *aucun fait antérieur ;* mais aussi elle doit s'appliquer *à tous les faits postérieurs à sa promulgation*, sans qu'on puisse prétendre que ces faits nouveaux, qui se passent sous son empire, ne sont que les conséquences de faits antérieurs et constituent ainsi *des droits acquis.* Cette distinction, cette séparation entre *le passé* et *l'avenir,* n'est pas toujours facile ; on peut en voir deux applications remarquables dans les arrêts de la Cour de cassation des 30 juin et 9 décembre 1836. (*Min. pub.*, C. Coppens, Dev., 1836, I, 847 et 905 ; ajout. Cass., 18 août 1847, Métreon, Dev., 1848, I, 95 ; Trébutien, *Cours élém. de Droit crim.*, t. I, p. 81 et 82.)

65. — Dans le troisième cas, c'est-à-dire si la loi nouvelle adoucit ou même supprime la pénalité, elle profitera à l'auteur du fait même antérieur. C'est de la rétroactivité ! il est vrai ; mais de la rétroactivité humaine, politique, et favorable à tous ! La société, en effet, ne peut avoir intérêt à l'application d'une peine reconnue trop sévère, et qui d'ailleurs ne saurait plus être exemplaire, c'est-à-dire atteindre le but le plus essentiel peut-être de toute pénalité (*voy.* l'avis du conseil d'État du 29 prairial an VIII ; le décret du 23 juillet 1810 ; loi du 8 juin 1850, *sur la déportation*, art. 8 ; loi du 30 mai 1854, portant *abolition de la mort civile,* art. 6 ; Cass., 1er octobre 1814, Ceccotti, Sirey, 1814, I, 1816 ; Cass., 13 février 1814, Piccinini, Sirey, 1815, I, 1859 ; Cass., 1er février 1833, Quillet, D., 1833, I, 161 ; Chambéry,

16 nov. 1860, Détry, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 98).

Il faudrait encore le décider de même, si, dans l'intervalle entre le fait commis et le jugement, une loi intermédiaire avait frappé le *fait* d'une peine plus douce que l'ancienne et la nouvelle loi. On n'appliquerait alors ni l'ancienne loi, sous l'empire de laquelle le fait a été commis, ni la nouvelle loi, sous l'empire de laquelle il est jugé, mais bien la loi intermédiaire; car l'auteur du fait a dû, il a pu du moins être jugé suivant cette loi, aussi bien que l'individu qui aurait commis le même fait sous son empire. Au moment où cette loi était en vigueur, leur position était la même; et il n'y a pas de raison pour qu'elle change par la promulgation d'une loi plus sévère. Il ne faut pas que des retards accidentels, de procédure ou autres, puissent avoir pour résultat une aggravation de pénalité. Cette solution est donc logique et non point arbitraire, comme paraît le penser Boitard. (*Droit criminel*, p. 66.)

Ne pourrait-on pas faire néanmoins l'objection que voici : que l'*agent* ait le droit d'invoquer l'application soit de la loi ancienne, sous l'empire de laquelle le fait a été commis, soit de la loi nouvelle, sous l'empire de laquelle il est jugé, cela est incontestable; mais à quel titre pourrait-il invoquer rigoureusement l'application de la loi intermédiaire, qui est aujourd'hui abrogée, et qui ne correspond ni à l'époque du fait, ni à l'époque du jugement? Et si on suppose une loi imprudente, portée dans un moment d'effervescence, et presque immédiatement retirée, ne pourrait-il pas être très-regrettable qu'elle dût être nécessairement considérée comme acquise même aux auteurs des faits commis avant sa promulgation? Ces considérations sont graves sans doute; et pourtant, il faut qu'il y ait une règle; car ce n'est point arbitrairement, ni suivant les circonstances, qu'une loi pénale peut être appliquée; or nous persistons

à croire que la règle doit être celle que nous avons proposée. (Comp. Cass., 9 juill. et 1er octobre 1813 ; Cass., 13 février 1814 ; Chauveau et Faustin Hélie, t. I, p. 41 ; Bertauld, *Cours de Code pén.*, p. 153 ; Trébutien, *Cours élém. de Droit crim.*, t. I, p. 83.)

Il n'y aurait véritablement difficulté que dans le cas où la loi nouvelle, qui adoucit ou supprime la peine, ne serait promulguée qu'après le jugement ou l'arrêt de de condamnation. Merlin n'admet pas alors l'influence de la loi nouvelle (*Rép.*, t. XVI, p. 287 ; Duranton, t. I, p. 48). M. Valette (*sur Proudhon*, t. I, p. 37) étend, au contraire, l'effet de la loi nouvelle même aux condamnations antérieurement prononcées. Il paraîtrait sans doute bien convenable que cette pénalité, aujourd'hui supprimée, ne fût plus désormais appliquée absolument à personne ; et on doit croire que le gouvernement pourvoirait à une telle situation (*voy.* l'art. 5 de la loi du 31 mai 1854, qui a aboli la mort civile, *infra*, Appendice). Mais il nous semble difficile d'établir théoriquement que les condamnations cessent nécessairement d'avoir leur effet ; les voies légales de rétractation, l'appel, le pourvoi en cassation, la révision ne sont point, dans ce cas, possibles ; et il n'y a aucun texte qui attache l'annulation des jugements antérieurs à la seule promulgation d'une loi nouvelle. (Art. 407, *Cod. d'Inst. crim.*)

66. — Nous parlerons bientôt des lois *interprétatives ;* qu'il nous suffise de dire ici que ces lois se bornant à *expliquer* le sens d'une loi précédente, ne font avec elle qu'une seule loi, et s'appliquent dès lors, sans qu'il y ait en cela rétroactivité, à tous les faits antérieurs ; on peut ajouter, avec Blondeau, que *toute loi obscure donne naissance à des attentes contradictoires ; or, de deux attentes, dont il faut que l'une soit détruite, on ne doit point balancer à préférer celle que le législateur déclare avoir été conforme à son intention.* (*Thémis*, t. VII, p. 327 ; comp. Cass., 20 déc. 1843, de Saint-Amans, Dev., 1844, I, 14 ;

Toulouse, 24 fév. 1844, Auriol, Dev., 1844, II, 412; Cass., 23 déc. 1845, Poinsignon, Dev., 1846, I, 456; Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, § 13, et *Quest. de droit*, v° *Chose jugée*, § 8; Mailher de Chassat, *Traité de la Rétroactivité des lois*, p. 126; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 54).

67. — Terminons ce sujet par une observation importante.

C'est que l'article 2 est écrit dans le Code Napoléon et non point dans la Constitution; qu'il ne renferme point, par conséquent, un principe *constitutionnel*, une règle prescrite au législateur lui-même, mais seulement une disposition législative ordinaire, qui enjoint aux magistrats d'interpréter et d'appliquer les lois de manière à ne point leur donner un effet rétroactif. (Comp. Cass., 15 avril 1863, Alliot, Dev., 1863, I, 350; Cass., 18 janv. 1876, Dubois de Luchet, Dev., 1876, I, 163).

Si donc une loi était expressément rétroactive, si le législateur lui-même déclarait vouloir régir les faits antérieurs, cette loi n'en serait pas moins obligatoire, tant qu'elle existerait, sauf le droit de tous les Français d'en demander l'abrogation par les voies légales.

Une autre théorie serait inconstitutionnelle et pleine de dangers. (*Voy.*, comme exemple de loi rétroactive, la loi du 17 nivôse an II.)

Il est vrai que l'article 14 de la *Déclaration des droits et des devoirs* précédant la Constitution du 5 fructidor an III, avait posé comme une base constitutionnelle qu'aucune loi, ni civile, ni criminelle, ne peut avoir d'effet rétroactif; mais aucune des Constitutions ou Chartes, qui se sont succédé depuis cette époque, n'a reproduit une telle disposition, qui ne pouvait s'expliquer, dans la législation de l'an III, que par l'impression, toute vive encore, des maux que la rétroactivité si fréquente des lois révolutionnaires avait causés! (Comp. Merlin, v° *Effet rétroactif*, sect. II; Duvergier, *Revue de Droit franç.*, etc., 1844, t. II, p. 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 52.)

M. Duvergier, pourtant, avait d'abord pensé que la Constitution du 14 janvier 1852 (art. 1), *confirmant et garantissant les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français*, se référait, par cela même, à la *Déclaration des droits de 1789*; mais l'honorable auteur a lui-même depuis abandonné cette opinion (sur l'article 7 de la loi du 10 février 1858), et très-justement, suivant nous; car il est clair que l'article 1er de la Constitution de 1852 se réfère seulement au droit public tel qu'il est en vigueur, et qu'il n'en résulte pas que le principe de la non-rétroactivité soit placé plus qu'aucun autre principe, d'une manière abstraite, au-dessus de la loi; c'est la remarque qui a été faite, avec grande raison, par notre savant collègue, M. Bertauld (*Cours de Code pénal*, p. 149).

SECTION II.

DE L'EFFET DES LOIS, EN CE QUI CONCERNE LES CHOSES ET LES PERSONNES AUXQUELLES ELLES S'APPLIQUENT (art. 3).

SOMMAIRE.

68. — Exposition générale du sujet.
69. — Division.

N° 1. — *Lois de police et de sûreté.*

70. — Leurs caractères distinctifs.
71. — Leurs effets. — Elles obligent tous ceux qui habitent le territoire.
72. — Mais non les ambassadeurs, etc.
73. — L'étranger, nouvellement arrivé en France, peut-il alléguer son ignorance des lois de police?
74. — En général, les lois de police n'obligent pas ceux qui ne se trouvent pas sur le territoire.

Nos 2 et 3. — *Lois réelles; lois personnelles.*

75. — Division.
76. — Caractères distinctifs des lois réelles et des lois personnelles.
77. — Exemples.
78. — Il n'y a point de statuts mixtes.
79. — La loi sur les successions ab intestat est réelle.
80. — Il en est de même de la loi sur la réserve et la quotité disponible

81. — La loi qui détermine la part héréditaire de l'enfant naturel, est aussi une loi réelle.
82. — La disposition de l'article 747 constitue une loi réelle.
83. — Autres exemples de lois réelles.
84. — Le statut réel est *prohibitif* ou *non prohibitif*.
85. — Le régime dotal aujourd'hui appartient-il au statut réel. — Objections.
86. — Solution affirmative.
87. — Par quelle loi sont régies, en général, les conventions matrimoniales?
88. — Les lois, qui attribuent au père l'usufruit des biens de ses enfants, qui accordent une hypothèque à la femme mariée, au mineur, à l'interdit (art. 384, 2121), sont-elles réelles ou personnelles?
89. — Effets de la loi réelle, soit quant aux immeubles, soit quant aux meubles.
90. — Les lois réelles régissent les immeubles, même ceux possédés par des étrangers.
91. — Ce principe est-il applicable aux successions ab intestat?
92. — Faut-il distinguer si les héritiers appelés sont étrangers ou Français?
93. — La loi réelle française s'étend-elle aux immeubles possédés par des Français en pays étranger? Question sur la loi du 14 juillet 1819.
94. — Par quelle loi sont régis les meubles qui se trouvent en France, et qui appartiennent à un étranger.
95. — Suite.
96. — Suite.
97. — Effets des lois personnelles. Elles suivent le Français, même en pays étranger.
98. — Les étrangers, en France, sont-ils soumis aux lois personnelles de leur pays? Exposition.
99. — En règle générale, l'affirmative doit être adoptée.
100. — La loi personnelle étrangère ne sera point toutefois applicable en France, si elle peut compromettre l'ordre public.
100 *bis*. — Suite.
101. — L'étranger, divorcé d'après les lois de son pays, peut-il se marier, en France, soit avec une étrangère, soit avec une Française?
101 *bis*. — Quel est, en ce qui concerne son conjoint demeuré français, l'effet du divorce obtenu par l'un des époux français, en pays étranger?
102. — Les étrangers, dans les contrats qu'ils peuvent faire en France avec des Français, sont-ils soumis aux lois personnelles étrangères?
103. — Les jugements rendus, en pays étranger, sur l'état et la capacité des personnes, doivent avoir le même effet que la loi personnelle, en vertu de laquelle ils ont été rendus.
104. — Qu'arriverait-il, si un Français, mari et père, chef par conséquent d'une famille française, se faisait naturaliser en pays étranger?

N° 4. — *Lois concernant la forme et l'exécution des actes, soit extrajudiciaires, soit judiciaires.*

105. — On distingue quatre espèces de *formalités*, en prenant ce mot dans une acception étendue.

106. — La règle *locus regit actum*, est-elle applicable aux actes sous-seing privé, ou seulement aux actes publics?
106 *bis*. — La règle *locus regit actum*, est-elle impérative, ou simplement facultative?
107. — Cette règle ne serait pas applicable, s'il s'agissait de quelque formalité, qui ne pourrait être utilement accomplie qu'en France.
108. — Les Français en pays étranger peuvent aussi, par certains actes, recourir au ministère des consuls et des agents diplomatiques français.

68. — Si une seule et même loi pouvait à la fois gouverner toutes les choses et toutes les personnes, les principes importants, qui vont s'offrir à nous, ne pourraient point exister; mais il n'en est pas, il n'en saurait être ainsi! Beaucoup de lois différentes, au contraire, règnent en même temps, et se trouvent souvent en présence l'une de l'autre. Ce conflit était très-fréquent dans notre ancien Droit, sous l'empire des nombreuses coutumes, qui se partageaient le territoire français. Les différents *statuts*, c'est-à-dire les lois municipales qui régissaient les villes et les provinces, se trouvaient souvent aux prises, dans leurs dispositions, soit à l'égard des personnes, soit à l'égard des biens. De là l'une des théories les plus difficiles et les plus compliquées de notre ancienne jurisprudence, la théorie des *statuts réels et personnels* (comp. Froland, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*; Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts*; Bouhier, *Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne*).

Aujourd'hui, grâce au bienfait d'une législation uniforme, ce conflit ne peut plus s'élever qu'entre les lois françaises et les lois étrangères; mais il est vrai de dire aussi que sous ce rapport, les progrès de la civilisation générale ont donné à ce sujet plus d'importance et d'intérêt qu'il n'en avait autrefois.

Les principes anciennement reçus de province à province, pourront être souvent ici d'un grand secours; toutefois, ils ne devront être appliqués qu'avec discernement à une situation, qui est loin d'être la même; les

provinces d'autrefois, quoique régies par des coutumes différentes, dépendaient toutes de la même souveraineté; tandis qu'aujourd'hui, à la différence des lois s'ajoutent toujours les différences de nationalité et de gouvernement.

69. — Nous emploierons indifféremment les mots *lois* ou *statuts*, parce que ce dernier terme est ici, en quelque sorte, consacré; et nous examinerons successivement :

1° Les lois ou *statuts* concernant la police et la sûreté du pays;

2° Les lois concernant les biens soit immeubles, soit meubles;

3° Les lois concernant l'état et la capacité des personnes;

4° Enfin, les lois concernant la forme et l'exécution des actes extrajudiciaires et judiciaires.

Au lieu de mettre, sur tous ces points, la loi ancienne et la loi nouvelle aux prises, nous allons élever le conflit entre la loi française et la loi étrangère, et voir laquelle des deux devra, suivant les différents cas, l'emporter.

Nº 1. *Lois de police et de sûreté* (art. 3, 1re p.).

70. — Quels sont les caractères distinctifs de ces lois? quels sont leurs effets?

Sous ce mot *lois*, il faut comprendre non-seulement les lois proprement dites, mais les ordonnances, règlements ou arrêtés, rendus par les autorités compétentes, comme les préfets, les maires, dans les limites de leurs attributions. Le caractère de ces lois, ou plutôt, en général, de ces règles obligatoires, est d'ordinaire facile à reconnaître; elles ont pour but la sûreté des personnes et des propriétés, le bon ordre, la salubrité publique; elles répriment les crimes, les délits et les contraventions.

Mais je crois qu'il faut aller plus loin, et que notre article doit s'entendre, dans un sens plus vaste, de tout ce qui concerne l'ordre public, l'intérêt public (art. 3 et 6);

l'appréciation devient alors, comme toujours dans ce cas, plus délicate ; mais la règle ne m'en paraît pas moins vraie (comp. Limoges, 22 févr. 1866, Robinson, Dev., 1866, II, 143).

C'est ainsi que les juges français, tout en reconnaissant leur incompétence pour prononcer la séparation de corps entre deux époux étrangers *ont pourvu à la sûreté personnelle de l'époux le plus faible*, en autorisant la femme à quitter le domicile conjugal et à se retirer dans un lieu déterminé (Cass., 27 novembre 1822, Zaffiroff; Paris, 26 avril 1823, Fly, D., *Rec. alph.*, t. VI, p. 468 ; Metz, 26 juill. 1865, Raucq, Dev., 1866, II, 237).

De même, on a encore jugé que le mari étranger pouvait être forcé, même en France, de fournir des aliments à sa femme, *dans l'intérêt de l'ordre public* (Paris, 19 décembre 1833, Favre, D., 1834, II, 65; Paris, 2 août 1866, De Civry, Dev., 1866, II, 342).

De même, il pourrait être nécessaire de pourvoir à la tutelle provisoire d'un mineur étranger, qui se trouverait en France sans protection (art. 406; Merlin, *Répert.*, v° *Légitimité*, sect. IV, § 3, p. 291; comp. Cass., 18 août 1847, Vérity ; et 25 août 1847, Quartin, Dev., 1847, II, 645 et 713).

Ce sont là des mesures conservatoires, des mesures d'urgence, pour lesquelles l'humanité et, par conséquent, l'ordre public et la bonne police du pays exigent que les magistrats du lieu soient toujours compétents (comp. *Discussion au conseil d'État*, Locré, *Législ., civ.*, t. II, p. 69; Demangeat, *De la condition civile des étrangers*, p. 311-314).

71. — L'effet des lois de police et de sûreté est d'obliger tous ceux qui habitent le territoire.

Tous.... étrangers ou nationaux;

Qui habitent, c'est-à-dire qui s'y trouvent, même accidentellement, même passagèrement.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi : 1° il n'y aurait, sans

cela, ni ordre ni police possibles ; 2° ces mêmes lois protégent tous les individus sans distinction, car non-seulement l'étranger est *obligé* par elles, mais il en profite, il peut les invoquer. Les devoirs de l'hospitalité, de l'humanité, l'ordre public enfin du pays, c'est-à-dire notre propre intérêt, le commandent et telle est certainement la pensée de l'article 3 (Cass., 17 nov. 1834, Dehont, D., 1834, I, 416).

Dès lors aussi, la réciprocité et le propre intérêt de l'étranger lui-même exigent qu'il se soumette à ces lois; car c'est tout à la fois la condition et le moyen de la protection qu'il reçoit d'elles.... *intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus* (*voy.* art. 272, Code pén.).

72. — Il fut positivement reconnu, lors de la discussion de l'article 3, qu'il ne s'appliquait point aux ambassadeurs des puissances étrangères, ni à leur famille et aux gens de leur suite; on avait même proposé une disposition exceptionnelle, qui fut rejetée, parce que ce sujet est réglé par le droit des gens et par les traités (Portalis, séance du 24 frimaire an x; loi du 13 ventôse an II; Merlin, *Rép.*, v° *Ministère public;* comp. toutefois Cass., 11 juin 1852, Salvatori, Dev., 1852, I, 467; Cass., 13 oct. 1865, Nikistchenkoff, Dev., 1866, I, 33; Paris, 30 juin 1876, Bernet, Dev., 1877, 2-17).

73. — L'étranger nouvellement arrivé en France, ne pourrait-il pas invoquer comme excuse légitime son ignorance, je ne dis pas, bien entendu, des lois répressives de ces actions partout et universellement mauvaises, mais du moins de ces règlements de police locaux et arbitraires, que nul ne peut deviner?

A première vue, l'affirmative semble équitable et même logique; car remarquez que nous ne parlons pas ici de la réparation du dommage causé aux particuliers; il ne s'agit que de l'application de la loi de police, c'est-à-dire d'un châtiment, d'une peine enfin, qui ne semblerait pas devoir frapper un fait purement matériel et sans intention. Il paraît, en effet, qu'autrefois on le pensait ainsi,

et qu'on accordait aux étrangers un certain délai pour se mettre, si je puis dire, au courant des règlements locaux (Merlin, *Rép.*, t. VI, v° *Ignorance*, § 1, p. 3).

Mais cette doctrine peut-elle être suivie encore aujourd'hui?

Pour la négative, on peut dire : 1° que les textes de la loi ne comportent aucune distinction de ce genre (comp. art. 3, Cod. Nap.; 161, Cod. d'Instr. crim.; 65, Cod. pén.); 2° que l'intérêt général s'y oppose; on n'en finirait pas, en effet, avec toutes ces questions d'ignorance particulière et de bonne foi personnelle, en matière de police. C'est par suite de cette nécessité publique que, dans les matières de douanes, de droits réunis, d'enregistrement, la contravention même, c'est-à-dire le fait seul de la contravention est puni, sans que la question d'intention puisse même être soulevée (loi du 9 floréal an VII; Merlin, *Rép.*, v° *Excuse*, n° 8, t. IV; Cass., 22 juin 1842, *Admin. des douanes*, Dev., 1842, I, 605). C'est enfin par application du même principe, que la Cour suprême a plusieurs fois cassé des jugements de police, qui avaient *excusé* des contraventions commises dans une commune par des individus étrangers à cette commune (Cass., 3 fév. 1827, *Min. pub.*, D., 1829, I, 384; Cass., 15 févr. 1828, *Min. pub.*, D., 1828, I, 133; *voy.* toutefois, Cass., 23 avril 1842, Deram, Dev., 1842, I, 878).

Il me paraît résulter de ces principes et de ces autorités qu'en effet on ne pourrait pas admettre, en cette matière, *l'excuse* déduite uniquement de *la bonne foi*, de *l'absence d'intention;* un jugement ainsi motivé ne serait pas bien rendu; mais pourtant, je ne crois pas qu'on puisse aller jusqu'à dire qu'on ne devrait pas admettre le moyen fondé sur *l'impossibilité*. A l'impossible nul n'est tenu! c'est là une règle de raison, de justice, de nécessité; aussi, la Cour de cassation elle-même admet-elle que *l'empêchement de force majeure fait exception à la culpabilité, même en matière de police* (art. 64, Cod. pén.; *Bulletin*

criminel, 1835, n° 416; 1840, n° 226; 1841, n° 112).

Nous pensons que ces applications autoriseraient, suivant les circonstances, à considérer comme résultant d'un cas de force majeure et d'impossibilité, la contravention commise par un étranger nouvellement arrivé, si le juge, en effet, déclarait que, dans l'état des faits, il n'avait pas pu connaître le règlement de police.

Il faut ajouter, sur cette question, l'article 4 du décret du 5 novembre 1870, qui est ainsi conçu:

« Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs, à partir de la promulgation. »

74. — Si les lois de police obligent tous les individus, étrangers ou Français, qui se trouvent en France, réciproquement elles n'obligent pas, en général, ceux, étrangers ou même Français, qui se trouvent en pays étranger; car elles ont principalement pour but l'ordre intérieur et la police territoriale du pays (Cass., 26 septemb. 1839, Bertin, Dev., 1840, I, 64).

Toutefois, cette proposition est susceptible d'importantes modifications (*voy.* à cet égard art. 5, 6, 7, *Cod. d'Instr. crim.*; et le décret du 23 octobre 1811).

N°s 2 et 3. Lois concernant les biens, ou statut réel; lois concernant les personnes, ou statut personnel (article 3, 2e et 3e p.).

75. — Quels sont les caractères distinctifs de la loi réelle et de la loi personnelle?

Quels en sont les effets?

76. — § 1. — *Caractères distinctifs des lois réelles et des lois personnelles.*

La loi est réelle, lorsqu'elle a pour objet prédominant et essentiel les biens eux-mêmes; lorsqu'elle a principalement en vue les biens, et ne s'occupe des personnes

qu'accessoirement; lorsqu'elle n'agit sur les personnes qu'à titre *de moyen*, si je puis dire ainsi, pour atteindre le *but final*, qu'elle se propose à l'égard des biens, pour en régler, pour en diriger la transmission.

La loi est certainement personnelle, au contraire lorsqu'elle a pour objet prédominant et essentiel la personne elle-même, la personne tout entière en quelque sorte, c'est-à-dire son état et sa capacité, d'une manière générale, indéterminée, absolue; lorsqu'elle ne s'occupe des biens qu'accessoirement, qu'à titre *de moyen*, pour atteindre le *but final*, qu'elle se propose à l'égard de la personne, dont elle veut, avant tout, réglementer l'état dans toute son étendue; c'est la définition même de notre article 3, lorsqu'il dit qu'elle *concerne l'état et la capacité des personnes*; et la Cour de cassation a très-nettement aussi exprimé ce caractère, en décidant que le statut est personnel, *lorsqu'il règle directement et principalement la capacité générale et absolue des personnes* (comp. Cass., 4 mars 1826, Aubert, D., 1829, I, 166; d'Aguesseau, 54e plaidoyer).

Ajoutons, avec Prévôt de La Jannès, que *lorsqu'un statut est la modification d'un autre, il en suit la nature*; et que, dès lors, la loi même, qui ne règle que partiellement et sous un certain rapport, la capacité de la personne, n'en est pas moins aussi une loi personnelle (comp. Cass., 19 avril 1852, de la Roche-Aymon, Dev., 1852, I, 801).

77. — D'après cela, on ne doit pas hésiter à considérer :

1° Comme *réelles*, les lois, par exemple, qui déterminent les différents droits dont les biens peuvent être l'objet (art. 544, etc.); les biens qui sont ou ne sont pas susceptibles d'hypothèque (art. 2118); la manière dont l'hypothèque peut être constituée (art. 2127); dont l'expropriation peut être poursuivie (art. 673, Cod. de Procéd.), etc. (comp. Cass., 13 juill. 1829, de Broglie, Sirey, 1829, I, 325);

2° Comme *personnelles*, au contraire, les lois qui déterminent les conditions de la nationalité (art. 10); du

mariage (art. 144); de la minorité ou de la majorité (art. 388, 488); les causes, les conditions et les effets de l'interdiction (art. 489), etc. (comp. Limoges, 22 juin 1828, Reyjolas, Sirey, 1829, II, 20).

Dans tous ces cas, en effet, on reconnaît, à première vue, que la loi s'occupe tantôt des choses, tantôt des personnes, d'une manière non pas seulement principale et prédominante, mais exclusive et absolue.

78. — C'est lorsque les personnes se trouvent de plus près en rapport avec les choses, que la distinction devient difficile et la nuance parfois très-délicate, à tel point que certains auteurs avaient autrefois proposé de déclarer des *statuts mixtes*.

Mais les effets si différents, si contraires même des deux statuts, ne permettent pas cette alliance, cette confusion; il faut donc choisir; et c'est dans le caractère prédominant de chaque loi, dans l'objet essentiel de sa préoccupation, dans son but final, en un mot, qu'il faut puiser les moyens de distinction (comp. Cass., 2 mai 1825, Maconnex, Sirey, 1825, I, 223; Fœlix et Demangeat, *Traité du droit international privé*, t. I, n° 21).

79. — La loi sur les successions ab intestat est-elle réelle ou personnelle?

Un homme vient de mourir; que va devenir son patrimoine? où ses biens iront-ils? telle est ici la seule question à résoudre;

Or, cette question, quel est son objet, quel est son but immédiat et essentiel? ce sont les biens eux-mêmes; c'est la dévolution, c'est la transmission des biens qui est l'objet dominant de la préoccupation de la loi, le but final qu'elle se propose;

Donc, la loi sur la transmission des biens ab intestat est réelle.

80. — Il faut en dire autant, par conséquent, des lois sur la réserve et la quotité de biens disponible.

Un homme meurt, laissant un ou deux enfants; a-t-il

pu disposer à titre gratuit de toute sa fortune? Quelle est cette question? eh! mon Dieu, c'est la même que tout à l'heure, pour la partie seulement, et non plus pour le tout : la question de savoir ce que deviendront les biens de cet homme; à qui ils seront attribués, au donataire, au légataire ou aux enfants, et dans quelle proportion? Même question, dis-je; car la réserve est une partie de la succession ab intestat, une partie indisponible, que la loi elle-même transmet impérativement à certains héritiers.

Qu'on n'objecte pas que le père, ne pouvant disposer que d'une certaine portion de ses biens, est *incapable* de disposer du reste, et que dès lors la loi est *personnelle*. Le père n'est pas incapable. Sa capacité personnelle n'est, sous ce rapport, nullement affectée. Le but final de la loi est tout autre, tout différent; ce sont les biens eux-mêmes, qu'elle a en vue; c'est sur les biens essentiellement qu'elle agit; c'est la transmission de ces biens aux enfants qu'elle se propose; c'est uniquement pour atteindre ce but, qu'elle empêche *le maintien ou l'exécution* des libéralités, qui détourneraient cette portion de biens de la route qu'elle leur a tracée. Mais elle n'a pas pour but d'altérer, et elle n'altère pas, en effet, pour cela, la *capacité personnelle* du père; il est si peu *incapable* et ses dispositions sont si peu *nulles*, que, dans le cas de prédécès de ses enfants, les libéralités excessives qu'il aurait faites, même de leur vivant, seront maintenues. Donc la loi n'avait pas pour but de rendre le père *incapable* ni la disposition *nulle;* car, si tel eût été son but essentiel, son but final, apparemment elle aurait bien trouvé le moyen de l'atteindre! (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. II, n° 193; Paris, 7 janv. 1870, Willemin, Dev., 1870, II, 97.)

81. — Je pense aussi qu'il faut considérer comme réelle la loi qui détermine la part de l'enfant naturel reconnu, dans la succession de ses père et mère.

C'est encore et toujours la même question : Que de-

viendront ces biens-là, en tout ou en partie? à qui seront-ils attribués?

On pourrait objecter : 1° que l'article 908 porte que les enfants naturels ne pourront rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions*, et que cet article est placé dans un chapitre intitulé : *De la capacité de disposer ou de recevoir*; 2° qu'en effet, la restriction paraît bien motivée, dans ce cas, par la défaveur toute personnelle de l'individu.

Mais ces objections ne sont que spécieuses; et il ne faut pas attacher à la place que l'article 908 occupe, dans le Code Napoléon, une importance qui blesserait tous les principes.

Quel est ici le but essentiel et final de la loi? est-ce d'affecter, d'altérer la capacité du père ou de la mère naturels? est-ce de les empêcher absolument de disposer au profit de leur enfant, ou d'empêcher absolument l'enfant de recevoir leurs libéralités? mais ici encore je dirai que si tel était le but direct et final de la loi, elle aurait apparemment voulu l'atteindre et en aurait bien su trouver le moyen Eh bien! précisément, personne ne peut dire, au moment où le père naturel dispose au profit de son enfant, personne, à ce moment-là, ne peut dire que la disposition est *nulle*. Le sort de cette disposition, au contraire, est subordonné au nombre et à la qualité des héritiers, qui existeront lors de l'ouverture de la succession; et alors, la libéralité s'exécutera peut-être pour partie, peut-être même pour le tout, fût elle universelle (art. 757, 758). Qu'est ce donc, dès lors, autre chose qu'une question d'*exécution*, c'est-à-dire de règlement, de distribution des biens ab intestat; la loi, par des raisons de convenance et d'honnêteté publique, ne voulant pas qu'une trop forte part héréditaire passe à l'enfant naturel en concours avec tels ou tels parents du défunt (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n° 83).

82. — Duranton se demande si le droit de succes-

sion établi par l'article 747, au profit de l'ascendant donateur, est aussi une loi réelle; et sa réponse est *qu'on peut en douter* (t, I, nº 86).

Mais je crois, pour mon compte, à l'affirmative. N'est-ce point là principalement un mode légal de transmission des biens? L'article 748 est-il autre chose qu'une loi de succession ab intestat? (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 74.)

83. — Je pense, par les motifs que je viens d'exposer, qu'on doit aussi ranger dans la catégorie des lois réelles, celles qui prohibent les substitutions (art. 896); celles qui défendent de donner les biens à venir autrement que par contrat de mariage (art. 943; Cass., 3 mai 1815, Badin, Sirey, 1815, I, 352); celles qui règlent la quotité de biens disponibles entre époux (art. 1094, 1098); celles qui établissent la prescription (art. 2219); toutes ces lois, enfin, qui ont pour but la transmission, la conservation des biens dans les familles, la défense de disposer de tout ou partie des biens, ou d'une certaine espèce de biens, au préjudice de certaines personnes (*voy.* l'article 74 de l'Ordonnance de 1735, comp. Cass., 22 mars 1865, Mawrocordato, D., 1865, I, 127; Duranton, t. I, nº 79; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 74; Félix et Demangeat, t. I, nº 22).

84. — De ce que nous venons de dire il résulte que le *statut réel,* ou la loi réelle, est tantôt *prohibitif*, tantôt *non prohibitif;* et cette différence est importante.

Le statut réel est prohibitif, quand il n'est pas permis d'y déroger; telles sont les lois sur la réserve, sur les substitutions, etc.

Il est non prohibitif, quand il est permis d'y déroger; telle est la loi des successions ab intestat, à l'égard de tous les biens disponibles.

85. — La loi, qui déclare l'inaliénabilité de la dot, est-elle une loi réelle?

L'affirmative ne pourrait pas être douteuse, dans un

pays où le régime dotal serait le statut matrimonial imposé nécessairement aux époux, comme autrefois sous la coutume de Normandie. Le statut serait alors *probitif* (comp. Cass., 27 fév. 1817, Sirey, 1817, I, 122, Cass., 11 avril 1834, Dev., 1834, I, 241; Cass., 3 mars 1840, d'Ussel, Dev., 1848, I, 630).

L'affirmative me paraîtrait encore exacte, dans un pays où le régime dotal formerait le droit commun, en l'absence de toute stipulation contraire, quoiqu'il fût d'ailleurs permis d'y déroger. Le statut serait alors *non probitif*.

Mais que décider, sous une législation comme la nôtre, où le régime dotal ne forme pas même le droit commun, où il n'existe qu'autant que les futurs époux ont expressément déclaré s'y soumettre? (Art. 1392, 1393).

Duranton enseigne que, même dans ces conditions-là et chez nous encore, le régime dotal forme un statut réel; et il en conclut que si une femme, étrangère ou française, en se mariant à un étranger, déclarait adopter le régime dotal tel qu'il est établi par le Code Napoléon, elle ne pourrait aliéner ses immeubles dotaux situés en France, que dans les cas et sous les conditions déterminés par le Code Napoléon, quand même les lois du pays étranger permettraient cette aliénation (t. I, p. 52; comp. Cass., 11 janv. 1831, Laffite, D., 1831, I, 51).

Cette doctrine soulève, à notre avis, des objections sérieuses :

1° Le *statut réel*, véritable et proprement dit, procède de la loi et puise en elle sa force; ou plutôt le statut, c'est la loi elle-même; or, ici, la force du prétendu statut ne viendrait que de la convention privée des parties.

2° Le statut réel est toujours fondé sur une raison plus ou moins puissante d'utilité publique, d'intérêt général; or, il est difficile de reconnaître ce fondement dans un prétendu statut, qui n'existerait qu'autant que les parties auraient déclaré en vouloir; on ne trouve plus alors cette

action, cette influence générale et permanente, qui appartient à toutes les lois, même à celles auxquelles il est permis de déroger.

86. — Ces objections, qui nous avaient toujours paru fort graves, nous déterminent tout à fait ; et notre avis est que l'on ne saurait voir, dans une telle hypothèse, qu'une convention privée, dont les effets doivent être, avant tout, réglés d'après la volonté vraisemblable des parties ; or, précisément, la doctrine, d'après laquelle notre régime dotal devrait être considéré comme un statut réel, pourrait souvent produire des conséquences contraires à cette volonté (comp. Demangeat, *De la condit. civ. des étr.*, n° 82 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 78,79).

87. — Une question pareille, mais plus générale, était aussi fort débattue autrefois, celle de savoir par quelle loi devaient être régies les conventions matrimoniales :

Par celle du lieu de la célébration du mariage ? par celle de la situation des biens ? ou par celle du *domicile matrimonial*, c'est-à-dire du lieu où les époux devaient aller s'établir après la célébration ?

Anciennement, sous l'empire des coutumes, on en faisait une question d'interprétation de la volonté des parties ; et on pensait, malgré quelques dissidences, que c'était la loi du *domicile matrimonial*, qui régissait les biens appartenant aux époux, dans quelque pays qu'ils fussent situés, pourvu qu'il n'y eût pas, dans l'un de ces pays, un statut particulier prohibitif (Merlin, *Répertoire*, v° *Communauté*, § 1, n° 3, et *Conv. matrim.*, § 2).

Mais que devons-nous décider aujourd'hui d'État à État, entre les lois françaises et les lois étrangères ? Par exemple les époux étrangers ont des immeubles en France ; ces immeubles seront-ils soumis au régime de la communauté légale (art. 1393), lors même que la loi étran-

gère consacrerait le régime dotal comme le droit commun des mariages?

Une note insérée dans le recueil de M. Dalloz (1825, I, 311) s'élève énergiquement *contre l'opinion qui tendrait à faire des conventions matrimoniales un statut à part, une espèce de loi privée qui, selon les conventions des parties, aurait effet partout et toujours*, etc.

Néanmoins, il me paraît difficile de ne pas admettre encore aujourd'hui les anciens principes sur ce point :

La communauté légale ne régit pas les biens des époux par l'effet immédiat et nécessaire de la loi elle-même, mais bien par l'effet de la convention tacite et volontaire des époux ; cet argument, qu'on faisait autrefois sous les coutumes (Pothier, *de la Communauté*, nos 10 et suiv.), est encore vrai aujourd'hui ;

Or, les époux étrangers, surtout lorsqu'ils se marient en pays étranger, ne peuvent pas être présumés vouloir adopter la communauté légale de France ;

Donc, ils n'y doivent pas être soumis (Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, t. XVI, § 6, n° 2).

Aussi, entre eux, dans le règlement de leurs intérêts réciproques, je n'aperçois pas de motifs pour l'admettre (Cass., 29 décembre 1836, Dagés, D., 1837, I, 93 ; comp. Paris, 3 août 1849, Lloyd, Dev., 1849, II, 420 ; Cass., 30 janvier, 1854, l'Adm. de l'Enregistr., Dev., 1854, I, 268; Chambéry, 19 juin 1861, Ivroud, Dev., 1862, II, 169).

Quant au point de savoir si les tiers, si les Français peuvent être lésés par suite de cette application à des immeubles situés en France, d'un régime matrimonial étranger, il se rattache à une question plus générale, que j'examinerai bientôt, à savoir : si les diverses prohibitions ou incapacités, dont les étrangers sont frappés par les lois de leur pays, sont opposables, en France, à des Français (*infra* n° 102).

88. — La loi qui accorde au père ou à la mère l'usu-

fruit des biens de ses enfants (art 384); la loi qui accorde une hypothèque à la femme mariée, au mineur, à l'interdit (art. 2121), sont-elles réelles ou personnelles?

Je réunis ces deux questions, entre lesquelles il existe une grande affinité.

Sous un certain rapport, il paraît difficile de ne pas reconnaître que *l'usufruit légal*, que *l'hypothèque légale* appartiennent au statut réel: quant à l'hypothèque, droit réel sur les immeubles (art. 2114), nous l'avons déjà reconnu (*supra*, n° 77); et à l'égard de l'usufruit, cette attribution, cette disposition de biens faite ainsi par la loi elle même, sans le fait du propriétaire, est aussi, comme le remarque Proudhon (t. I, p. 91), un des signes caractéristiques de la loi réelle. Telle paraît avoir été autrefois l'opinion générale (Merlin, *Rép.* v° *Puis. patern.*, section VII, n° 1).

Mais faut-il conclure de là que le père étranger pourra réclamer, en vertu de l'article 384, la jouissance des immeubles situés en France et appartenant à ses enfants? et que les étrangers, *femme mariée, mineur* et *interdit*, jouiront du bénéfice de l'hypothèque légale, aux termes de l'article 2121?

Trois opinions se sont produites :

La première accorde aux étrangers *l'usufruit paternel* et *l'hypothèque légale* sur les immeubles situés en France, puisque ce sont là des lois réelles, qui régissent tous les immeubles, même ceux possédés par des étrangers (art. 3; comp. Grenoble, 19 juillet 1849, Dupré, Dev., 1850, II, 261; Alger, 21 mars 1860, Spentzel, Dev., 1861, II, 65 (arrêt cassé *infra*); Troplong, *des Hypoth.*, t. I, n° 429; Teissier, *Traité de la Dot*, t. I, n° 135).

La seconde ne les accorde aux étrangers qu'autant que la loi personnelle de leur pays, qui règle leur capacité, leur reconnaît aussi un usufruit paternel et une hypothèque légale. (Comp. Fœlix, p. 60 et 78; Rapetti, C

dition des étrangers, p. 1 . ; Cubain, *des Droits des femmes*, n° 679 ; Valette, *des Hypoth.*, n° 139 ; Demangeat sur Fœlix, *Droit international*, t. I, p. 136, note *a*.)

Enfin, la troisième ne les accorde, en aucun cas, aux étrangers :

La loi sur la puissance paternelle est, de l'aveu de tous, une loi personnelle; or, la puissance paternelle est l'ensemble des prérogatives accordées au père sur la personne et *sur les biens* de ses enfants. Ce dernier attribut a certainement un caractère de *réalité*. Mais il ne constitue pas une disposition distincte, ni principale, ni essentielle; il n'est, au contraire, qu'une dépendance et un accessoire de la loi personnelle, et ne doit dès lors appartenir qu'à ceux auxquels cette loi est applicable. (Cass., 13 mars 1816, Parent, Sirey, 1816, I, 425; Cass., 11 mai 1819, Boulteclioux, Sirey, 1819, I, 446 ; Cass., 14 mars 1877, Ben-Chimol, Dev., 1878-1-25; Aix, 24 janv. 1878, Cohen-Scali, Dev., 1878-2-240).

Je suis très-porté vers cette dernière opinion. C'est par les mêmes motifs aussi qu'il me semble que l'hypothèque légale attribuée à la femme mariée, au mineur, à l'interdit, ne forme qu'une disposition accessoire de la loi personnelle du mariage, de la minorité, de l'interdiction, et qu'elle ne devrait pas dès lors appartenir aux étrangers, mais uniquement aux Français, seuls régis par cette loi personnelle, dont les dispositions corrélatives et indivisibles sont tout à la fois pour eux des lois d'incapacité et de protection. Mais je ne fais qu'indiquer cette importante question, qui reviendra plus tard (Amiens, 18 août 1834, d'Hervas, D., 1835, II, 153 ; Cass., 23 nov. 1840, Gradis, Dev., 1840, I, 929; Douai, 24 juin 1844, Zanna, Dev., 1844, II, 339 ; Bordeaux, 14 juill. 1845, Palmer, Dev., 1846, II, 394; Gand (Belgique), 4 juin 1846, Fontaine, Dev., 1847, II, 36 ; Metz, 6 juill. 1853, Viennet, Dev., 1853, II, 547 ; Cass., 20 mai 1862, Seligman, Dev., 1862, I, 673 ; Grenoble, 23 avril 1863, Frentzel, Dev., 1863, II, 124 ; Cass., 5 févr.

1872, Converso, Dev., 1872, I. 190; Merlin, *Répert.*, t. XVII, p. 501; Demante, t. I, n° 27 *bis*, VII; Fœlix, *Rev. étr. et franç.*, 1842, p. 25; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 273; Gaudry, *Rev. de législ.*, t. II, p. 302).

89. — § 2. Examinons maintenant de plus près quelle est l'importance pratique et utile de cette distinction des lois réelles et personnelles.

Et d'abord, recherchons les effets de la loi réelle :

1° *Quant aux immeubles;*

2° *Quant aux meubles.*

90. — 1° Quant aux immeubles, l'article 3 déclare que *les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française.*

Il en devait être nécessairement ainsi. D'une part, la nationalité est dans le sol comme dans le sang des habitants; le territoire est français, comme les personnes sont françaises; et on ne pouvait pas, sans porter atteinte à l'indépendance et à la souveraineté nationales, le soumettre à des lois étrangères. D'autre part, l'application de toutes ces lois diverses, contraires souvent les unes aux autres, ignorées d'ailleurs des citoyens et des magistrats, n'eût été qu'une source de confusion et de désordre.

Il semble donc que nous n'aurions rien de plus à ajouter ici. En effet, les lois réelles régissent indistinctement tous les immeubles, même ceux appartenant à des étrangers; et nous avons exposé tout à l'heure les caractères de ces lois et cité même les plus importantes. Donc, il nous suffit de dire que toutes les lois qui ont ces caractères, et particulièrement celles que nous avons citées, régissent les immeubles même appartenant aux étrangers. Ainsi, les lois sur les hypothèques, sur la prescription, sur l'expropriation forcée, etc., leur sont applicables.

91. — Toutefois, une opinion ancienne, et qui a ses partisans encore aujourd'hui, n'admet pas ces principes, en ce qui concerne la transmission des biens, même immeubles, par succession ab intestat. (Fœlix, *Droit inter-*

national privé, n° 42; Zachariæ, t. I, p. 56; de Savigny, t. VIII, § 364.)

On dit :

1° Il ne s'agit pas alors de statuer sur tel ou tel immeuble individuellement, déterminément, mais sur le patrimoine entier, sur l'universalité des biens du défunt; or, cette universalité forme un être de raison, un tout purement idéal, qui n'a pas de situation, et qui ne se conçoit que par un lien juridique et intellectuel entre l'ensemble des biens et la personne; donc, c'est la loi du domicile de la personne qui doit ici faire la règle.

2° La transmission des biens s'opère d'après la volonté soit tacite, soit exprimée, du défunt; et sous ce nouveau rapport, c'est encore à cette loi qu'il appartient de l'interpréter.

3° Enfin, l'État n'a pas d'intérêt à régler la dévolution des immeubles dans la succession de l'étranger; et il y aurait, au contraire, des inconvénients pour les créanciers à soumettre la transmission héréditaire des immeubles aux lois différentes de plusieurs pays.

Je répondrai d'abord par une raison de texte, selon moi, décisive :

Nous avons établi que les lois sur la transmission des biens ab intestat sont des lois réelles ;

Or, le texte même de l'article 3 déclare que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi réelle française ;

Donc, la transmission ab intestat des immeubles, appartenant à des étrangers, est régie par la loi française. (*Supra*, n° 79.)

Maintenant, et en théorie, j'ajoute : 1° que s'il est vrai que le patrimoine, comme être idéal, ne peut pas se concevoir abstraction faite de la personne, il s'agit ici finalement de la transmission des immeubles eux-mêmes; 2° que, précisément, cette transmission est subordonnée aux principes politiques de chaque État, suivant qu'ils

favorisent l'égalité ou l'inégalité des partages, le morcellement ou la concentration des fortunes. La loi des successions ab intestat tient compte assurément des affections et de la volonté présumée du défunt, mais pourtant dans une certaine mesure et avec plus d'une restriction. Ne brise-t-elle pas, au contraire, cette volonté, quand elle dépasse la quotité disponible (art. 920), quand elle crée des substitutions (art. 896)? Donc, l'intérêt politique et suprême de l'État domine tout ce sujet; cet intérêt-là est plus respectable encore que celui des créanciers, dont le gage, après tout, n'est pas perdu, parce qu'il est autrement distribué suivant les lois de chaque pays. (Comp. Grenoble, 25 août 1848, Chauten, Dev., 1849, II, 257; Rodière, *Revue de législat.*, 1850, t. I, p. 180 et suiv.; Demangeat, *Revue prat. de dr. franç.*, t. I, 1856, p. 63.)

92. — Duranton pense que l'*étranger ne pourrait priver ses enfants* FRANÇAIS *de la quotité d'immeubles situés en France, que la loi assure aux enfants sur la succession de leur père.*

Et l'auteur ajoute, en note, que *peut-être depuis la loi du 14 juillet 1839, qui accorde aux étrangers le droit de succéder en France comme les nationaux, la décision devrait être la même, soit que les enfants fussent étrangers ou français.* (T. I, p. 53.)

J'ai peine à comprendre ce doute; il me semble que c'est méconnaître ce qui caractérise précisement la loi réelle sur les immeubles, ce qui fait sa puissance et son énergie, c'est-à-dire cet empire absolu, qui ne distingue pas les étrangers des nationaux; et qui régit au contraire, tous les immeubles de la même manière, à l'égard des uns et des autres. Je crois donc qu'il n'y a lieu, sur ce point, à aucune distinction entre les enfants, français ou étrangers, du père étranger.

93. — Les immeubles, situés en France et appartenant à des étrangers, sont donc régis par la loi française.

Mais réciproquement, les immeubles, situés en pays étranger et appartenant à des Français, sont-ils régis par la loi étrangère?

On a dit, autrefois, des statuts réels : *Clauduntur territorio* (Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, t. XVI). Les lois d'un pays, en effet, ne sauraient étendre leur autorité sur le territoire d'un pays étranger. Les raisons de droit public et de souveraineté nationale, qui limitent l'empire du statut réel, sont réciproquement les mêmes chez tous les peuples (Fœlix, p. 60); il ne paraît donc pas douteux que les immeubles, situés en pays étranger et appartenant à des Français, sont régis par la loi étrangère.

Cette solution peut faire naître une difficulté :

Un homme meurt, laissant 100 000 fr. d'immeubles en pays étranger, et 100 000 fr. d'immeubles en France; il a pour héritier ab intestat son père et son frère. Le Code Napoléon accorde au père le quart, et au frère les trois quarts de la succession. (Art. 749.)

Eh bien! supposons que la loi étrangère, au contraire, accorde à chacun d'eux la moitié; le père aura, en conséquence, 50 000 fr. sur les 100 000 fr. d'immeubles situés en pays étranger.

Le frère pourrait-il prétendre que le père a ainsi le quart de la succession totale, et que, par suite, il n'a plus rien à réclamer sur les immeubles situés en France?

Pour soutenir que cette prétention ne serait pas fondée, on pourrait raisonner ainsi :

1° Un tel système élèverait, entre les deux statuts, un conflit permanent et sans issue. En effet, si nous refusions d'accorder au père un quart sur les immeubles de France, pour assurer au frère les trois quarts de la succession totale, pourquoi le statut réel étranger n'attribuerait-il pas au père, de son côté, la totalité des 100 000 fr. d'immeubles situés en pays étranger, afin aussi de lui assurer la moitié de la succession totale?

2° Invoquera-t-on, en sens contraire, l'article 2 de la

loi du 14 juillet 1819, qui accorde aux héritiers français le droit de prélever, sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales? Mais est-ce que telle est l'hypothèse prévue par la loi du 14 juillet 1819? Nous ne supposons pas ici, bien entendu, que les héritiers français sont exclus comme Français et en cette qualité; au contraire, nous supposons que la loi étrangère les appelle à la succession, mais seulement qu'elle la distribue d'une autre manière que la loi française; or, la loi de 1819 ne paraît s'être occupée que du cas où le Français est exclu, en sa qualité même de Français.

De ces arguments, la conclusion serait donc que chaque statut réel régirait séparément la transmission des immeubles soumis à son empire; qu'il y aurait, non pas une succession unique de 200 000 fr., mais deux successions distinctes et différemment distribuées, chacune de 100 000 fr.; et que l'on appliquerait la maxime: *Quod sunt bona diversis terroriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur.* (Comp. Fœlix, p. 74; Cass., 4 mars 1837, Stewart, Dev., 1837, I, 195; Cass., 8 décembre 1840, Watelet, Dev., 1841, I, 56; Cass., 12 décembre 1843, de Bussingen, Dev., 1844, I, 74.)

Cette conclusion serait, en effet, irrésistible, si l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 devait être entendu dans le sens restrictif, que ce système lui attribue; et nous avions été porté d'abord à l'interpréter nous-même ainsi. Mais, dans l'étude spéciale que nous avons faite de cette loi, nous avons reconnu que la généralité absolue de ses termes ne comportait pas de restriction semblable, et que l'article 2 autorise le prélèvement sur les biens situés en France, au profit du Français exclu par la loi étrangère, quelle que soit la cause de l'exclusion, totale ou partielle: *à quelque titre que ce soit*, dit le texte! nous croyons avoir fourni cette démonstration dans notre *Traité*

des Successions (t. I, n° 190; comp. Bastia, 25 mars 1833, Palmieri, Dev., 1834, II, 317; Duranton, t. VI, n° 83; Rossi, *Encyclop. du droit*, v° *Aubaine*, nos 18, 19; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 420; Demante, t. III, n° 33 *bis*, II; Rodière, *Revue de législat.* de M. Wolowski, 1850, t. I, p. 192).

94. — 2° Effet des lois réelles, *quant aux meubles*.

Un étranger possède des meubles en France ; par quelle loi seront-ils régis ? par la loi française, ou par la loi étrangère ?

Cette question ne me paraît pas susceptible de recevoir une solution précisément absolue; il en est presque toujours ainsi d'ailleurs de toutes ces questions de droit international, qui mettent en présence deux lois, deux autorités égales, entre lesquelles il n'y a pas de supérieur commun.

Et d'abord, quant à la transmission des meubles par succession ab intestat, quelle sera la loi applicable?

Trois systèmes peuvent être produits :

Le premier applique toujours la loi française et raisonne ainsi :

En principe, les lois étrangères ne peuvent avoir d'autorité en France; elles ne sauraient, par conséquent, décider du sort d'un bien, qui se trouve sur notre territoire et sous la seule garantie de nos lois. Si autrefois, de coutume à coutume, la succession était régie, non par le statut de la situation actuelle des meubles, mais par le statut du domicile du défunt, c'était par un effet de la fiction : *mobilia sequuntur personam*, pure fiction de droit civil, qu'on ne saurait appliquer entre deux États dépendant d'une souveraineté différente (Rouen, 7 avril 1835, Onslow, Dev., 1835, II, 374). Aussi, l'Administration des domaines ne s'y trompe-t-elle pas, et perçoit-t-elle le droit de mutation sur toutes les transmissions de meubles en France, sans aucune différence entre les regnicoles

et les étrangers (Cass., 29 août 1837, l'Admin. de l'enr., Dev., 1837. I, 762).

Le second système, au contraire, applique toujours la loi étrangère, et invoque d'abord le texte même de l'article 3, qui, en ne soumettant à la loi française que les immeubles appartenant aux étrangers en France, excepte virtuellement les meubles : *inclusio unius est alterius exclusio.* Cela est d'ailleurs conforme aux principes généraux du droit; les meubles, en effet, n'ont pas d'assiette fixe, de situation permanente; ils sont ambulatoires comme la personne, aujourd'hui dans un lieu et demain dans un autre; de là cette fiction de droit qui les répute situés au domicile de la personne : *mobilia ossibus personæ inhærent.* Cette fiction est logique; car c'est là, c'est dans ce lieu que le propriétaire est présumé avoir son établissement principal et toutes les habitudes de sa vie (art. 102), et que les meubles dès lors étaient destinés à se retrouver en définitive; elle est équitable; car il ne faut pas que les droits des successeurs dépendent d'un pur effet du hasard, de ce que le propriétaire, par exemple, sera décédé pendant son séjour dans une ville étrangère, ou même pendant un voyage dans une auberge. De quoi s'agit-il d'ailleurs? de régler la transmission du *patrimoine*, c'est-à-dire de ce tout idéal, distinct et indépendant de chacun des meubles individuellement, qui le composent; or, cet être purement intellectuel ne se conçoit que par relation avec la personne du propriétaire; donc, c'est à la loi, qui régit cette personne, à régir aussi les effets de cette relation juridique (Zachariæ, t. I, p. 56). Nous n'avons pas ici, comme à l'égard des immeubles, d'intérêt à méconnaître ces principes (*supra*, n° 94); et, s'il est vrai que la fiction *mobilia sequuntur personam*, ait pris d'abord naissance dans le droit civil, il est bon aujourd'hui de l'ériger en maxime de droit international, Cette *courtoisie*, comme dit Merlin (*Rép.*, v° *Loi*, § 6, n°3), est habile et politique; elle est fondée sur les convenances

mutuelles des peuples et sur leur commun intérêt (comp. Paris, 1er févr. 1836, Imbert, Dev., 1836, II, 173; Paris, 3 fév. 1838, Stewart, *J. du P.*, t. XXXVIII, p. 249; Cass., 5 mars 1875, Forgo, Dev., 1875-I-409).

Enfin, le troisième système, que je propose de suivre, adopte en principe général la maxime, qui soumet la transmission des meubles à la loi étrangère; mais il conserve, dans l'application, une certaine latitude, et fait, à cet égard, quelques réserves, que l'art. 3 autorise lui-même, en s'abstenant, sur ce point, de toute décision absolue.

Ainsi :

1° On comprend que cette maxime soit considérée comme de *droit des gens*, comme un acte de *courtoisie* et de convenance réciproque envers les nations qui la pratiquent aussi envers nous, comme aujourd'hui la Prusse et l'Autriche (Code prussien, art. 28 de l'Introd., et C. civ. d'Autriche, art. 300).

Mais ces motifs n'existent pas à l'égard des nations, qui appliqueraient, chez elles, un principe contraire, comme la Bavière, par exemple (Code bavarois, part. I, chap. II, art. 17; Fœlix, p. 71). Je m'expliquerais donc bien que, dans ce dernier cas, on appliquât, chez nous, la loi française, si un intérêt français s'y trouvait engagé; car, après tout, il n'y a ici aucun texte, qui puisse être violé. (Comp. Douai, 14 juill. 1871, Bergold, Dev., 1871, II, 141.)

2° Je pense que le prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, dans le cas de partage d'une succession entre des cohéritiers français et étrangers, devrait, dans tous les cas, s'exercer même sur les meubles que l'étranger défunt possédait en France. La loi se sert du mot *biens;* et cet autre mot *situés*, aussi employé par elle, n'est pas si exclusif, qu'il doive faire obstacle à ce qu'on atteigne, par tous les moyens possibles, le but équitable, qu'elle se propose (*infra*, n° 172, *in fine*, comp. Grenoble, 25 août 1848; Chanten, Dev., 1849, II, 257; Paris, 13 mars 1850, Brown, Dev., 1851, II, 291;

Paris, 25 mai 1852, de Veine, Dev., 1852, II, 289 ; Paris, 6 janv. 1862, Baurié, Dev., 1862, II, 337 ; Lyon, 21 juin 1872, François des Gordis, Dev., 1872, II, 2[illegible]1 ; *voy.* aussi notre *Traité des Successions*, t. I, nos 204-207).

95. — Quant aux arrêts sur les droits de mutation, ils ne me paraissent pas nécessairement liés à la question de savoir par quelle loi sera réglée la transmission des meubles de l'étranger en France. On peut voir qu'ils sont fondés sur cette raison particulière, que l'impôt est le prix de la garantie qui protége tous les biens en France, quel qu'en soit le propriétaire (voy. le remarquable avis du conseil d'État du 11 février 1829, *Journ. de l'enreg.*, 1829, p. 214).

96. — Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la transmission ab intestat; mais ce que nous avons dit sur ce point, a d'avance résolu les autres questions.

En effet, ce n'est que par suite de la relation juridique, qui existe entre la personne et l'universalité de ses meubles, qu'on peut soumettre le règlement de cette universalité à la loi du domicile du propriétaire.

D'où la conséquence que, toutes les fois que cette relation juridique n'existera point ou sera brisée, les meubles, considérés individuellement, ne seront plus régis que par la loi de leur situation actuelle.

Nous appliquons ce principe :

1° A tout ce qui concerne les effets de la possession, les priviléges, les voies d'exécution (comp. Cass., 19 mars 1872, Craven, Dev., 1872, I, 238) ;

2° A l'attribution à l'État, par droit de déshérence, et en quelque sorte d'occupation, des meubles laissés en France par l'étranger décédé sans successeur (art. 539, 713, 768; Trib. civ. de Bordeaux, 12 fév. 1852, hospices de Bordeaux, Dev, 1854, II, 257).

97. — Il nous reste à parler de l'effet des lois personnelles.

Notre article 3 s'exprime ainsi :

« Les lois concernant l'état et la capacité des person-
« nes, régissent les Français, même résidant en pays
« étranger. »

Il y en a deux motifs :

1° La loi personnelle française est faite pour régir tous les Français ; or, on ne cesse pas d'être Français, par cela seul qu'on se trouve en pays étranger.

2° Les lois seraient vaines et illusoires, s'il suffisait de passer la frontière pour échapper à leur empire ; si, par exemple, le mineur, incapable de se marier en France sans le consentement de son père, pouvait aller se marier valablement dans un pays qui ne l'exigerait pas.

Rien n'est donc plus nécessaire à la dignité des lois, au bon ordre du pays, à l'intérêt même des citoyens, sur lesquels autrement la protection du législateur serait inefficace et impossible. Aussi a-t-on représenté par de vives images cet énergique effet de la loi personnelle, qui voyage avec le Français et ne le quitte nulle part : *Post equitem sedet ! personam sequitur sicut umbra, sicut cicatrix in corpore!*

98. — Mais, réciproquement, les étrangers, en France, demeurent-ils soumis aux lois étrangères, qui règlent leur état et leur capacité ?

Trois systèmes peuvent encore ici être proposés :

1° Le premier enseigne que les étrangers, en France, doivent toujours être soumis aux lois personnelles françaises, pour tous les actes qu'ils peuvent y faire, surtout avec des Français et à raison de biens situés en France. Les lois étrangères ne sont pas connues chez nous. Dans tous les cas, elles n'y sont pas obligatoires ; et le système contraire serait une source de confusion et d'erreurs préjudiciables aux nationaux.

Aussi le projet du titre préliminaire du Code Napoléon déclarait-il (titre IV, art. 4), que l'étranger sera soumis à la loi française *pour les biens qu'ils possèdent en France et pour sa personne pendant sa résidence.*

On pourrait citer encore, à l'appui de ce système, l'article 37 de l'Ordonnance du 26 septembre 1837 sur l'organisation de la justice en Algérie, qui est ainsi conçu :

« La loi française régit les conventions et contestations « entre Français et étrangers. »

Cette thèse est celle de M. Alauzet, qui professe radicalement que :

« *En aucun cas*, une loi étrangère ne peut être invoquée ni appliquée en France, et que ce principe est vrai pour le statut personnel, comme pour les lois de police et de sûreté, comme pour celles qui s'appliquent aux immeubles. (*Du Statut personnel des étrangers résidant en France*, 1872, Cosse et Marchal.)

« La souveraineté est territoriale », dit le savant auteur ; et de là toute sa théorie !

2° Le second système professe, au contraire, que l'étranger en France est toujours soumis à la loi personnelle de son pays, de la même manière que le Français en pays étranger est toujours soumis à la loi personnelle française. Cette réciprocité est logique, équitable et politique ; elle est fondée sur le droit des gens européen, sur le grand et commun intérêt de toutes les nations policées. Fœlix, qui partage cet avis, ajoute que la violation de ce principe en France, contre des étrangers, par quelques décisions judiciaires, a bientôt provoqué, en effet, des mesures de *rétorsion*, en pays étranger, contre des Français (p. 45 et 117). Telle est aussi l'opinion de Duranton (t. I, p. 57) et de M. Richelot (t. I, p. 58).

3° Il me semble que chacun de ces systèmes se recommande par de puissantes considérations, mais que chacun d'eux aussi est également trop absolu. Remarquez bien que notre article 3 garde encore, sur ce point, le silence. Je conviens que, par cela même qu'il soumet expressément les étrangers aux lois de police et de sûreté

et aux lois réelles françaises, sans rien dire des lois de capacité personnelle, on peut y voir une tendance, de la part du législateur, à laisser l'étranger en France sous l'empire de sa loi personnelle. Mais enfin il n'y a pas, en ce sens, une disposition expresse, un texte positif. Dans cet état, et sur toutes ces questions de droit international, qui peuvent beaucoup dépendre des temps, de la différence plus ou moins profonde des législations et des mœurs, je crois que le mieux est de ne pas poser des principes trop exclusifs.

Voici donc quelle serait ma théorie sur ce point :

En règle générale, l'étranger doit demeurer soumis, en France, à la loi personnelle de son pays, à moins que l'application de cette loi ne soit de nature à compromettre un intérêt français, soit public, soit privé. (Comp. Chambéry, 15 juin 1869, Fernex, Dev., 1870, II, 214; Delsol, *De l'application du statut personnel de l'étranger en France*, *Revue critique de Législation*, 1868, t. XXXII, p. 481 et suiv.; Laurent, *Princ. de Droit civil*, t. I, nos 84 et suiv.)

99. — Ainsi, un étranger, capable de se marier d'après la loi française, mais incapable d'après la loi étrangère, ne pourra pas contracter mariage en France; l'officier civil ne devra pas procéder à la célébration (Paris, 13 juin 1814, Styles, Sirey, 1815, II, 67). C'est donc avec raison qu'une circulaire du ministre de la justice aux procureurs généraux, en date du 4 mars 1831, porte qu'on ne doit procéder, en France, à la célébration du mariage d'un étranger, qu'autant qu'il justifie, par un certificat des autorités de son pays, qu'il a la capacité requise pour se marier. (*Voy.* aussi Rennes, 16 mars 1842, Duringer, Dev., 1842, II, 211.)

De même, le testament fait par un étranger capable de tester d'après la loi française, mais incapable d'après la loi étrangère, ne devra pas être exécuté, même sur les biens situés en France.

Dans tous ces cas, et autres semblables, je ne vois pas de difficulté à décider que l'étranger demeurera soumis à sa loi personnelle; et je pense, avec Fœlix, que nous devons, le plus possible, maintenir l'application de cette règle de droit international, consacrée même aujourd'hui textuellement dans plusieurs pays. (Cod. civ. d'Autriche, art. 34; Cod. gén. de Prusse, art. 23, *De l'Introd.*; comp. Bastia, 16 févr. 1844, P..., Dev., 1844, II, 663; Caen, 18 nov. 1852, Manoury, Dev., 1852, II, 452, Bastia, 8 déc. 1863, Costa, Dev., 1864, II, 20, Demangeat, n° 82; Mathieu Bodet, *Dissertation* dans la *Revue de droit français et étranger*, 1846, t. III, p. 542.)

Toutefois, il est vrai que quelques législations européennes ont, au contraire, positivement disposé que les étrangers, dans le territoire qu'elles gouvernent, ne pouvaient pas invoquer les lois personnelles de leur patrie (Code civ. des Pays-Bas, art. 9; Code du roy. des Deux-Siciles, art. 5); et que d'autres législations, tout en consacrant la règle contraire, y ont admis certaines modifications dans l'intérêt des nationaux. (Comp. Fœlix, p. 45 et suiv.)

Or, il est facile de comprendre que le principe, à cet égard, n'étant pas, chez nous, formulé dans un texte, l'application en sera nécessairement faite avec plus ou moins d'extension et de faveur, suivant l'état de la législation du pays à laquelle l'étranger appartiendra. Cette réciprocité, cette *rétorsion*, comme on dit, paraissent même, jusqu'à un certain point, conformes à l'esprit général de notre Code. (Argum. de l'art. 11.)

C'est donc sous la réserve de toutes les influences qui peuvent agir sur notre sujet, que je maintiens la règle générale que j'ai posée plus haut, et que je vais maintenant expliquer comment je comprends les deux exceptions que j'y ai faites.

100. — Et d'abord, il ne faut pas que l'application de la loi personnelle étrangère puisse compromettre l'ordre

public. (Comp. Paris, 2 août 1866, de Civry, Dev., 1866, II, 342.)

Un étranger appartenant à un pays où la polygamie est admise, demande à contracter, en France, un second mariage avant la dissolution du premier; nous ne devons point apparemment sacrifier, pour cette loi étrangère, toutes nos règles de morale, tous nos principes d'honnêteté publique! (Art. 147.)

On lit le passage suivant dans une circulaire ministérielle du 10 mai 1824, insérée dans le recueil de Sirey. (1829, II, 285.)

« Les étrangers, qui se marient en France, sont sou-
« mis, comme les sujets du roi, à la nécessité d'obtenir
« des dispenses dans les cas déterminés par la loi, quand
« même celle de leur pays ne leur imposerait pas cette
« obligation; par la raison que le mariage, étant un con-
« trat du droit des gens, est toujours, quant à la forme,
« régi par la loi du pays où il se passe. Il n'y a pas de
« distinction à faire entre le cas d'un mariage contracté
« entre deux étrangers et celui d'un mariage contracté
« entre un étranger et un Français. »

Cette dernière proposition serait, à mon avis, contestable; la nécessité d'une dispense est évidente, lorsque le mariage a lieu entre un Français et un étranger; car, dans ce cas, la dispense est exigée pour le Français lui-même.

Mais cette nécessité ne paraît pas aussi bien justifiée, lorsqu'il s'agit de deux étrangers, capables, d'après la loi de leur pays, de se marier. Il me semble, en effet, qu'il ne s'agit pas ici d'une forme de la célébration du mariage, mais bien plutôt d'une condition de capacité personnelle.

Quoi qu'il en soit, on peut expliquer cette exigence, même dans le cas d'un mariage entre deux étrangers, par la raison que le mariage entre personnes parentes ou alliées au degré prohibé est, chez nous, considéré comme contraire à l'ordre public, tant que le gouvernement ne

l'a pas autorisé par une dispense. La circulaire du garde des sceaux du 29 avril 1832 porte, en effet, que les règles sur les dispenses d'âge, *intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs, sont également applicables aux étrangers qui voudraient se marier en France.* (Duvergier, *Collect. des lois*, 1832, p. 193.)

100 *bis.* — Une femme étrangère veut contracter, en France, un second mariage, avant l'expiration de dix mois depuis la dissolution de son premier mariage.

L'officier de l'état civil français doit refuser de procéder à la célébration de ce mariage; parce que l'article 228 de notre Code édicte une probibition d'ordre public, qui ne saurait fléchir devant un statut personnel étranger. (Comp. Paris, 12 févr. 1872, maire du 8ᵉ arrondissement de Paris, Dev., 1873, II, 112.)

101. — Mais faut-il aller jusqu'à prétendre qu'un étranger, un Anglais, un Polonais, par exemple, divorcé d'après les lois de son pays, ne pourra pas contracter mariage en France, avec une étrangère ou même avec une Française?

Plusieurs arrêts ont jugé que le mariage n'était pas possible; et tel est aussi le sentiment d'un certain nombre d'auteurs. (Paris, 30 août 1824, Mary Bryan, Dev., 1825, II, 67; Paris, 28 mars 1843, le maire du 7ᵉ arrond., Dev., 1843, II, 566; Poitiers, 7 janv. 1845, de Maynard, Dev., 1845, II, 215; Paris, 20 nov. 1848, Courvoisier, Dev., 1849, II, 11; Paris, 4 juill. 1859, B..., D., 1859, II, 153, arrêt cassé, *infra;* Douai, 8 janv. 1877, Placquet, le *Droit* du 11 janv. 1877, arrêt cassé *infra;* Demangeat, *Revue pratique de droit franç.*, t. I, 1856, p. 57; Mailher de Chassat, *Des satuts*, n° 127; Demante, t. I, p. 45, note 1; Dutruc, *Observations* sur l'arrêt du 4 juillet 1859, Dev., 1859, II, 401).

Ces décisions reposent sur plusieurs motifs: 1° l'étranger, afin de pouvoir se marier en France, *ne doit se trouver dans aucun des cas de prohibition prévus par la loi*

française; 2° sa capacité personnelle *ne peut relever le Français des empêchements dirimants du Code qui le régit;* 3° enfin, *le divorce n'est pas admis en France; et il s'agit ici d'une prohibition d'ordre public.*

La doctrine de ces arrêts nous paraît très-contestable.

En effet :

1° Dire que l'étranger, pour se marier en France, doit être, sous tous les rapports, capable d'après la loi française, c'est nier absolument le principe de l'application des lois personnelles étrangères à l'étranger en France; or, nous pensons avoir prouvé que ce principe est vrai et doit en général être observé.

2° Dire que la capacité personnelle de l'étranger ne relève pas le Français de son incapacité personnelle, c'est confondre tout à fait les deux lois, les deux capacités personnelles différentes. Je comprendrais cet argument, s'il s'agissait d'un empêchement fondé sur une qualité commune aux deux futurs époux, par exemple, si un étranger, capable dans son pays d'épouser sa nièce sans dispense, prétendait épouser sa nièce *française* sans dispense accordée par l'Empereur (art. 163, 164; *supra*, n° 100). Duranton enseigne *qu'un Français pourrait valablement épouser une femme étrangère, qui aurait moins de quinze ans révolus* (art. 114), *si cette femme avait l'âge fixé par les lois de son pays* (t. I, p. 51). Certes, on serait plus autorisé à dire de cette espèce de condition, qu'elle réagit sur la capacité du Français lui-même, puisqu'elle a pour objet les conséquences futures du mariage, et dès lors les conséquences communes aux deux époux. Tel serait même mon avis dans l'hypothèse proposée par cet auteur. Mais il en est tout autrement du divorce, qui a dissous le premier mariage de l'un des futurs époux; ce divorce est un fait passé, et d'ailleurs tout relatif et personnel.

3° Enfin, on a invoqué la morale publique. Il ne s'agit

pas d'exprimer ici une opinion sur le divorce; je n'hésiterais point d'ailleurs à dire que je n'en suis point partisan, et que l'indissolubilité du mariage me paraît l'une des conditions les plus essentielles à maintenir dans l'intérêt des familles et de l'État. Mais pourtant, je ne crois pas non plus qu'on puisse considérer le divorce à l'égal de la polygamie, comme un de ces attentats à la morale universelle, que les nations policées ne doivent absolument pas reconnaître. Le divorce est admis par plus d'une législation en Europe; il l'a été chez nous, depuis 1792 jusqu'en 1816; et trois fois, sous la monarchie de 1830, l'une des branches du pouvoir législatif en a voté le rétablissement. C'est donc, après tout, un mode comme un autre de dissolution civile du mariage; et je ne vois pas de motif suffisant pour que nous ne lui reconnaissions pas cet effet dans la personne des étrangers.

Eh! que dirait-on, si le mariage de l'étranger avait été dissous dans son pays, en vertu d'une autre cause, que nos lois n'admettraient pas non plus: pour cause d'impuissance naturelle, par exemple? Si vous reconnaissez ce mode de dissolution, pourquoi nier le divorce? Et si vous ne le reconnaissez pas, comment n'être pas effrayé de toutes les conséquences, qui vont s'ensuivre? Il faudra donc alors juger, d'après nos lois françaises, toutes les questions d'État relatives aux étrangers, et les considérer comme bigames, bâtards, adultérins et incestueux, s'il arrive qu'un mariage, valable d'après la loi étrangère, ne le soit pas d'après la nôtre? Dans l'affaire jugée en 1843, par la Cour de Paris, la première femme du Polonais divorcé s'était remariée en pays étranger; est-ce que les enfants de cette union ne devraient pas être regardés, même chez nous, comme légitimes? Est-ce que, si ce Polonais se remariait en pays étranger, soit avec une étrangère, soit même avec une Française, nous ne regarderions pas ce mariage comme légitime? Eh!

vraiment, il le faudrait bien, sous peine de violer toutes les règles de droit international et de jeter, dans tous nos rapports avec les étrangers, la plus inextricable confusion. Bien plus! si un tel mariage avait été célébré, même en France, est-ce qu'il serait possible d'en prononnoncer la nullité? nous ne croyons pas, en vérité, que la doctrine, que nous combattons, voulût elle-même aller jusque-là; et pourtant, si l'article 147 est applicable dans ce cas, l'article 184 doit l'être aussi nécessairement; et cet empêchement, s'il existe, ne saurait être que dirimant!

Ajoutez qu'on avoue que si un Français, divorcé en France, avant la loi de 1816 abolitive du divorce, demandait aujourd'hui à se remarier, on ne pourrait pas l'en empêcher. Eh bien, n'est-ce pas reconnaître le principe même que nous défendons, à savoir : que le mariage est valablement dissous, lorsque cette dissolution a été prononcée en vertu de la loi par laqnelle il était régi (comp. *infra*, n° 170; Nancy, 30 mai 1826, Nass, Sirey, 1826, II, 256; Cass., 16 déc., 1845, Plasse, Dev., 1846, I, 100; Cass., 21 juin 1858, *Minist. publ.*, 1858, I, 265; Cass., 28 févr. 1860, Bulkley, Dev., 1860, I, 210; Orléans, 19 avril 1860, mêmes parties, Dev., 1860, II, 196; Merlin, *Quest. de Dr.*, v° Divorce, § 13 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 37 ; la plaidoirie de M. Dufaure, dans la *Gazette des Tribunaux* du 5 juillet 1859; et les conclusions de M. le Proc. génér. Dupin, Dev., 1860, I, 210-223; Cass. 15 juill. 1878, Placquet, Dev., 1878-I-320).

101 *bis*. — Une autre question, qui se rattache au même ordre de principes, s'est élevée dans ces derniers temps, avec un caractère de gravité bien plus considérable encore.

L'un de deux époux français, la femme ou le mari, se fait naturaliser dans un pays où le divorce est admis; — ensuite, il obtient des juges étrangers une décision, qui prononce le divorce entre lui et son conjoint demeuré

français; et il contracte, en conséquence, un nouveau mariage.

Quel est, en ce qui concerne son conjoint demeuré français, l'effet, en France, du divorce ainsi prononcé et de ce nouveau mariage?

Nous n'hésitons pas à répondre que ce nouveau mariage ne saurait avoir d'effet en France, et que le mariage, dont la dissolution par le divorce a été prononcée par la décision étrangère, doit être toujours considéré comme existant devant la loi française.

Cette thèse a été l'objet de plusieurs décisions françaises fort importantes, et de nombreuses dissertations par des jurisconsultes français et étrangers. Les éléments en sont très-nombreux aussi et très-vastes.

Ne pouvant pas ici la discuter avec toute l'étendue, qu'elle serait susceptible de comporter, nous croyons qu'il sera suffisant de résumer notre doctrine dans les quatre propositions suivantes :

I. — C'est seulement en France, et devant la loi française, que nous refusons de reconnaître l'autorité du jugement étranger, qui a prononcé ce divorce. Nous n'avons pas la prétention d'infirmer ni de modifier cette autorité dans le pays où le jugement a été rendu. Ce que nous disons seulement, c'est que ce jugement, rendu par des juges étrangers, ne peut être exécutoire en France qu'autant qu'il a été déclaré tel par des juges français (art. 2123, Cod. Napol.; art. 546, Cod. de procéd.); or, il ne se trouvera certainement pas des juges français pour déclarer exécutoire en France un jugement tel que celui que nous supposons.

Que ce jugement soit exécutoire en pays étranger, nous n'avons rien à y voir (comp. Bruxelles, 31 déc. 1877, voir le *Droit* du 2 mai 1878), mais il ne saurait être exécutoire en France.

Si extraordinaire et si regrettable que puisse paraître la conséquence de cette doctrine, il faut reconnaître

qu'elle dérive nécessairement de l'égale et réciproque indépendance des deux souverainetés, qui se trouvent ici en présence.

II. — Il y a d'abord un cas, dans lequel nous aurons un moyen décisif, suivant nous, de dénier toute autorité en France, au jugement étranger, qui a prononcé le divorce, et au nouveau mariage, qui a été contracté.

C'est le cas où la naturalisation elle-même, cause première de tout ce qui s'en est suivi, serait nulle.

Nous dirons alors : *quod nullum est nullum producit effectum.*

Le jugement rendu par les juges étrangers n'aurait pas alors prononcé le divorce entre ces époux étrangers et ces époux français; il l'aurait prononcé entre deux époux français.

Telle était l'espèce à laquelle la princesse de Bauffremont a si déplorablement attaché son nom :

Femme mariée, elle ne pouvait pas se faire naturaliser en pays étranger sans l'autorisation de son mari (comp notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 111).

La naturalisation par elle obtenue en pays étranger était donc nulle en France; et par conséquent nul était aussi le nouveau mariage, qu'elle avait contracté, avant la dissolution, d'après la loi française, de son premier mariage.

III. — La même solution devrait être appliquée au cas où la naturalisation obtenue par l'un des époux en pays étranger serait considérée comme frauduleuse, n'ayant eu d'autre but que de se soustraire à l'empire de la loi française qui prohibe le divorce.

C'est le mari, par exemple, qui s'est fait naturaliser en pays étranger, et de toutes les circonstances du fait, il résulte que cette naturalisation n'a eu pour but que de faire fraude tout à la fois aux droits privés de son conjoint, et à l'ordre public français. Or, la fraude fait ex-

ception à toutes les règles; et aucune fraude certes ne saurait être, à tous les points de vue, plus coupable que celle-ci, aucune qu'il soit plus nécessaire de prévenir par d'exemplaires répressions!

N'a-t-on pas vu deux époux français, d'accord pour rompre leur mariage par le divorce, obtenir à cet effet, ensemble, en pays étranger, une naturalisation frauduleuse, apparente seulement et mensongère! (Comp. Paris, 30 juin 1877, Vidal, Dev., 1879-2-205).

IV. — Reste le cas où la naturalisation obtenue par l'un des époux français en pays étranger est régulière et non franduleuse.

C'est le mari, par exemple, qui naturalisé, depuis plusieurs années, en pays étranger, demande et obtient le divorce contre sa femme demeurée française, et contracte ensuite un nouveau mariage.

Eh bien! même dans ce cas, nous répondons que le jugement, qui a prononcé le divorce en pays étranger, ne peut pas avoir d'effet en France, et que le premier mariage doit être considéré, chez nous, comme toujours existant.

D'une part, en effet, celui des époux, qui est demeuré français, est toujours soumis à la loi personnelle française, qui prohibe le divorce;

D'autre part, un jugement rendu par des magistrats étrangers, ne saurait modifier, en France, l'état personnel d'un français;

Donc, le mariage, dont ce jugement a prononcé la dissolution par le divorce, doit être considéré comme toujours existant, en France, en ce qui concerne l'époux demeuré français.

Nous avons reconnu, il est vrai, que lorsqu'un jugement a prononcé le divorce, en pays étranger, entre deux époux étrangers, chacun de ces époux, redevenu libre d'après leur loi personnelle commune, peut

contracter un nouveau mariage en France. (*Supra*, n° 101).

Mais toute autre est notre hypothèse actuelle! Le jugement rendu par les juges étrangers a prononcé le divorce, non pas entre deux étrangers, mais entre un français et un étranger.

Or, nous maintenons qu'il n'a pas eu le pouvoir de le prononcer relativement à l'époux français.

Nous n'avons pas distingué, dans les différentes hypothèses, que nous venons de parcourir, si les époux français, dont l'un a obtenu le divorce contre l'autre en pays étranger, étaient ou n'étaient pas séparés de corps. Cette distinction, quoiqu'on ait entrepris de la faire, ne nous paraît être, dans notre thèse, d'aucune importance. La séparation de corps ne fait que relâcher le lien du mariage; et elle ne saurait modifier les solutions, que nous avons proposées.

Les conséquences, qui peuvent en résulter, sont très-graves sans doute; mais elles sont commandées par la logique du droit, et par les plus hautes nécessités sociales.

Est-ce le mari, par exemple, qui, après s'être fait naturaliser en pays étranger, a obtenu le divorce contre sa femme française?

La seconde femme, qu'il aura épousée, ne sera pas, devant la loi française, une épouse légitime; et elle n'en aura pas les droits.

Les enfants, qui naîtraient de ce prétendu mariage, ne seraient pas non plus légitimes.

Et si c'est la femme, qui a obtenu un pareil divorce en pays étranger, elle ne pourra pas porter, en France, le nom de l'homme, qu'elle aurait épousé par suite de ce divorce. Son nom français serait toujours celui de son premier mari, ou plutôt de son seul mari.

Ajoutons, au point de vue du droit criminel, que l'article 340 du Code pénal, qui prononce la peine des tra-

vaux forcés contre l'époux bigame, deviendrait applicable à l'époux qui aurait contracté un pareil mariage; ce qui n'aurait rien d'excessif, dans les cas, que nous avons mentionnés, où le mariage aurait été contracté en fraude des droits de l'autre époux et de l'ordre public français. (Comp. en sens divers, sur cette thèse, Toulouse, 27 juill. 1874, De R..., Dev., 1876-2-149; Cass., 19 juillet 1875, De R..., Dev., 1876-I-289; Paris, 17 juill. 1876, De Beauffremont, Dev., 1876-2-249; Cass., 18 juill. 1878, De Beauffremont, Dev., 1878-I-193; Paris, 30 juin 1877, Vidal, Dev., 1879-2-205; Dissertations de M. Labbé, Dev., 1876-I-289; 1878-I-193; et *Journal de droit international privé*, 1875, p. 409 et suiv., et 1877, p. 5 et suiv.; De Folleville, *De la naturalisation en pays étranger, des femmes séparées de corps en France*, 1875; le Dr Bluntschli; *De la naturalisation en Allemagne d'une femme séparée de corps en France*, 1876; De Holtzendorff, même titre, *Journal de droit international privé*, 1876, p. 5 et suiv.; Regnault, *De la capacité, au point de vue du mariage, des étrangers divorcés*, Revue pratique, 1879, p. 29 et suiv.)

102. — J'ai dit encore que, si l'application de la loi personnelle étrangère devait compromettre un intérêt français, même privé, nous ne devrions pas l'admettre.

Un étranger, mineur d'après sa loi personnelle, mais majeur d'après la loi française, a contracté, en France, avec un Français; l'obligation est-elle valable?

Une femme étrangère, incapable de s'obliger même avec l'autorisation de son mari, d'après sa loi personnelle, mais capable d'après la loi française, s'est obligée, en France, envers un Français, et lui a concédé une hypothèque sur un immeuble situé en France; l'obligation, l'hypothèque sont-elles valables?

Ces hypothèses se sont présentées dans la pratique; et elles ont été résolues, dans un sens et par des motifs, qui

semblent consacrer le premier système d'après lequel les lois personnelles étrangères ne suivent pas l'étranger en France (Paris, 15 mars 1831, Bonar, D., 1831, II, 112; Cass., 17 juillet 1833, Bonar, D., 1833, I, 303; Paris, 17 juin 1834, Fontellas, Dev., 1834, II, 371).

Aussi, Duranton a-t-il blâmé ces arrêts *comme contraires aux véritables principes* (t. I, p, 58): *C'est la faute du Français*, dit-il, *s'il ne s'est pas mieux informé de la capacité de l'étranger* avant de traiter avec lui; et Fœlix lui reproche de même *d'avoir préféré traiter sans s'entourer de renseignements* (p. 115).

En ce qui me concerne, je maintiendrais, même dans les rapports privés des Français avec les étrangers en France, je maintiendrais, dis-je, la règle que les lois personnelles suivent les étrangers dans notre pays.

Je dirais donc que si, d'après sa loi personnelle, l'étranger était incapable de s'obliger, de consentir hypothèque, etc., l'obligation, l'hypothèque par lui consenties *pourront* être annulées.

Mais, en même temps, j'ajoute que le Français sera admis à prouver que sa bonne foi a été trompée, et qu'il ne serait pas, dans ce cas, nécessaire, comme paraît l'exiger Fœlix (p. 116), que la conduite de l'étranger constituât un délit d'escroquerie ou d'abus de confiance, ni même un dol essentiellement caractérisé. Il suffirait, suivant moi, que des circonstances du fait il résultât, pour les magistrats, la preuve que le Français n'a pas agi avec légèreté, avec imprudence, et qu'au contraire, l'étranger a cherché à l'induire en erreur.

Ainsi, lorsqu'à la demande en nullité formée par l'étranger, le Français créancier répondra qu'il s'agit d'obligations contractées pour fourniture d'aliments, de marchandises à l'usage de la personne, ou même pour loyers de maisons, etc., je validerais l'obligation, parce qu'il n'y a là ni imprudence ni légèreté de la part du Français;

parce que, loin d'être nuisible à l'étranger, cette solution lui est favorable et lui donne du crédit pour toutes les choses nécessaires à son existence en France (Paris, 19 mai 1830, Lanoë, Sirey, 1830, II, 222; Paris, 19 octobre 1854, Husson, Dev., 1854, II, 679, Paris, 6 janv. 1855, Aslan, Dev., 1855, II, 39; Cass., 16 janv. 1861, Lizardi, Dev., 1861, I, 305).

Mais s'il s'agit de contrats plus importants, de vente d'immeubles, d'emprunts d'argent, consentis par l'étranger, je serais plus difficile envers le Français, acheteur ou prêteur; je rechercherais si l'étranger était depuis longtemps ou récemment arrivé en France; s'il y avait ou non sa résidence habituelle, si les conditions de la vente, de l'emprunt, ne sont pas telles qu'elles accusent la bonne foi du Français; si enfin il résulte des faits qu'il s'est informé, comme il le devait, beaucoup plus sérieusement pour des actes de cette importance, de l'état et de la capacité de l'étranger, et que celui-ci lui a fourni des renseignements trompeurs. Eh bien, suivant tous ces éléments de la cause, je maintiendrais ou j'annulerais l'obligation.

Il me semble que cette théorie concilierait les principes avec tous les intérêts, que, dans ces sortes de questions, il est nécessaire de protéger (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 6; Pardessus, *Cours de droit commerc.*, t. V, n° 1482; Demangeat, n° 82; Mathieu-Bodet, *Revue de Droit franç. et étr.*, 1846, p. 542; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 83).

103. — Du principe que les lois personnelles étrangères suivent (sauf les modifications indiquées), l'étranger en France, il me paraît résulter que les jugements des tribunaux étrangers, lorsqu'ils sont, comme dit Merlin, *constitutifs* de l'état des personnes, doivent avoir, en France, le même effet que la loi personnelle en vertu de laquelle ils ont été rendus, sans être soumis, par conséquent, à l'application des articles 2123 du Code Napoléon

et 546 du Code de procédure, que nous expliquerons plus tard (*Rép.*, t. XVII, p. 472, v° *Question d'Etat; infra*, n°s 262-264; comp. aussi Douai, 5 mai 1836, Lacroix, Dev., 1836, II, 428; Aix, 8 juillet 1840, Resignani, Dev., 1841, II, 263; Bordeaux, 22 décemb. 1847, Bizot, Dev., 1848, II, 228; Demangeat, n° 82; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 86).

Aussi, un arrêt de la Cour de Paris n'a-t-il refusé d'appliquer cette règle, que parce qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un acte essentiellement politique (16 janvier 1836, le duc de Cambridge, Dev., 1836, II, 70).

104. — Je finis ce sujet, en proposant une hypothèse dans laquelle la rivalité, le conflit de la loi étrangère et de la loi française seront bien plus flagrants encore que dans tout ce que nous avons vu jusqu'ici.

Primus, Français, époux et père, se fait naturaliser en pays étranger; nous verrons plus tard que sa femme et ses enfants ne perdent pas, pour cela, leur nationalité. Voilà donc le chef d'une famille française qui est étranger. Continuera-t-il d'exercer la puissance maritale sur sa femme et la puissance paternelle sur ses enfants? Et d'après quelles lois? celles de sa nouvelle patrie ou les nôtres?

Il me paraît d'abord certain que *Primus* conservera le gouvernement de sa famille, la puissance maritale et paternelle. Nous ne cessons pas de reconnaître son mariage, nous devons donc en reconnaître toujours aussi les effets les plus précieux pour le père et pour le mari, les plus essentiels dans l'intérêt même de l'ordre public.

Mais quelles lois seront observées? Le mari, le père étranger pourra-t-il prétendre qu'il n'est soumis, à ce titre, qu'aux lois personnelles de sa nouvelle patrie?

Je ne le crois pas. D'une part, l'article 3 déclare que les lois, concernant l'état et la capacité des personnes,

régissent les Français, même résidant en pays étranger; or, la femme et les enfants sont Français; donc, ils ne peuvent être soumis qu'aux lois personnelles françaises. D'autre part, l'application des lois personnelles étrangères à des Français serait, dans tous les cas, contraire à notre droit public, aux principes de la souveraineté, et souvent même à nos usages et à nos mœurs. C'est bien assez déjà que cette situation nous oblige à remettre aux mains d'un étranger l'exercice des devoirs domestiques de la famille; ne soumettons pas au moins toute cette famille française à des lois étrangères! (Comp. notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 3; Paris, 21 août 1879, Durin, le *Droit* du 5 décembre 1879)

N° 4. — *Lois concernant la forme et l'exécution des actes, soit extrajudiciaires, soit judiciaires.*

105. — On a distingué quatre espèces de *formalités*, en prenant ce mot dans une acception étendue :

1° Les unes, qu'on appelle *habilitantes*, déterminent les conditions d'aptitude, de capacité pour faire valablement tel ou tel acte, par exemple, la nécessité, pour la femme mariée, d'obtenir, dans les cas déterminés par la loi, l'autorisation de son mari ou de justice; elles constituent de véritables lois personnelles.

2° Les autres, qu'on appelle *intrinsèques*, déterminent les conditions et les effets des différents actes ou contrats. En général, c'est la loi du lieu où l'acte est passé qui est ici applicable; les parties étant présumées, lorsqu'elles ne s'expliquent pas autrement, adopter les lois et les usages, qui régissent leur convention dans le pays où elles contractent (art. 1135, 1159, 1160; Merlin, *Rép.*, t. IX, v° *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1; t. XVI, v° *Loi*, § 6, n° 6). Toutefois, ce n'est là qu'une règle d'interprétation, susceptible, par conséquent, de varier suivant les circonstances; c'est ainsi que nous avons vu que le contrat de

mariage n'est pas régi par la loi du lieu où le mariage a été célébré, mais par la loi du *domicile matrimonial*, que les époux sont réputés, dans ce cas, avoir voulu adopter (*supra*, n° 87; ajout. L. 65, ff. *De judic.*, Boullenois, part. II, tit. 2, chap. IV, observ. 8; Demangeat, n° 83).

3° La troisième espèce de formalités, qu'on appelle *extrinsèques* ou *probantes*, constitue la forme extérieure et instrumentaire de l'acte; telles sont, par exemple, les conditions d'où résulte l'authenticité. La règle, à cet égard, est que l'acte fait suivant les formes usitées dans le pays où il est passé, doit être considéré comme régulier et faire foi partout ailleurs; c'est en ce sens qu'on dit: *Locus regit actum*. Ce principe, consacré par plusieurs articles de notre Code (art. 47, 170, 999), est fondé sur la nécessité des relations sociales, sur la bonne foi, sur l'intérêt commun des nations, qui ne permettait pas de réduire les Français en pays étranger, ou les étrangers en France, à ne pouvoir point faire les actes dans lesquels une formalité quelconque serait requise. (Comp. Aix, 20 mars 1862, Coccifi, Dev., 1862, II, 368.)

4° Enfin, les dernières formalités, qu'on appelle *formalités d'exécution*, déterminent, en général, les règles à suivre pour obtenir justice devant les tribunaux, et les moyens légitimes d'exécution. Le principe est encore ici qu'on doit suivre les formalités établies par la loi du pays dans lequel la poursuite et l'exécution ont lieu (art. 2123, 2128, Code Napoléon; 545, 546, Code de proc.), les seules formalités possibles, en effet, puisque c'est au nom de la puissance publique qu'elles sont employées dans chaque État (comp. Toulouse, 29 janv. 1872, Denton, Dev. 1873, II, 18).

106. — Je reviens à la règle *locus regit actum*, qu'il est important de bien entendre, et qui soulève une difficulté sérieuse.

Cette règle est-elle applicable seulement aux actes authentiques, ou bien aussi aux actes sous seing privé?

En France, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut avoir lieu que par acte authentique (art. 334); la donation entre-vifs ne peut avoir lieu que par acte notarié et avec minute (art. 931); les contrats de mariage doivent aussi être rédigés devant notaire. (art. 1394.)

Eh bien, supposons un pays dans lequel ces différents actes puissent être faits sous seing privé.

Le Français, qui se trouve dans ce pays, pourra-t-il valablement, par acte sous seing privé, reconnaître un enfant naturel, faire une donation entre-vifs ou un contrat de mariage?

Duranton enseigne que *cette règle ne s'applique qu'aux actes publics et non aux actes sous signature privée* (t. I, p. 56). Elle est, dit-il, fondée sur la nécessité des choses, et ne doit agir que dans les limites de cette nécessité; or, la loi française exige un acte public; il est vrai que les formalités de nos actes publics ne peuvent être remplies que par les offciers publics français; et il faut bien, en pays étranger, suivre les formalités des actes publics étrangers; mais aucun motif ne dispense de la condition même d'un acte public, que la loi française exige, cette condition pouvant être remplie en pays étranger.

Fœlix *regarde comme une erreur cette opinion de Duranton* (p. 95), et n'hésite pas à penser, avec Merlin (*Rép.*, v° *Test.*, sect. II, § 4, art. 1), que la maxime *locus regit actum* s'applique aux actes privés aussi bien qu'aux actes publics.

Je suis très-touché, j'en conviens, de tout ce qu'on pourrait dire en faveur du système de Duranton. N'y a-t-il pas, en effet, des inconvénients graves, des dangers même très-sérieux, à permettre à un Français, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel par acte sous seing privé? L'authenticité n'est-elle pas ici une garantie de la liberté de son aveu, et en quelque sorte, dès lors, une formalité habilitante et personnelle? Et, pour les

conventions matrimoniales, ne faut-il pas craindre cette possibilité de déroger si facilement à l'article 1394, qui a pour but la stabilité des conditions sous la foi desquelles le mariage s'est formé, et par suite la bonne harmonie entre les époux, et la sécurité des tiers? (Comp. Delvincourt, t. I, p. 14, note 2; Demangeat, n° 83; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 26.)

Pourtant, je ne crois pas devoir proposer ce système; et je pense, au contraire, que la règle *locus regit actum* peut être appliquée même aux actes sous seing privé:

1° Cette règle s'applique *à la forme des actes;* tout le monde en convient;

Or, la différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est uniquement une *différence de forme;*

Donc, la forme sous seing privé, dans un pays qui admet cette forme dans un tel acte, doit équivaloir à la forme authentique dans un autre pays qui exigerait l'authenticité pour ce même acte; car cette différence n'est pas intrinsèque, mais extrinsèque; elle n'est pas dans le fond, mais dans la forme; elle est donc sous l'empire de notre règle.

2° La nécessité même ne l'exige-t-elle pas ainsi? Qu'arriverait-il, si l'officier public étranger refusait de recevoir un acte qui n'est pas dans ses attributions, et pour lequel, en effet, il n'a pas de pouvoir, puisque, dans le pays où il est institué, cet acte ne se fait que sous seing privé!

3° Enfin, cette règle ne me paraît pas uniquement fondée sur la nécessité, mais aussi sur la bonne foi, sur l'équité, sur l'intérêt public, qui commandent le maintien, la stabilité des actes et des contrats loyalement faits, suivant les formes du pays où ils ont eu lieu, les seules formes qui, le plus souvent, aient été indiquées et même aient pu être indiquées à la partie qui s'en informait. Il y a là des dangers! cela est vrai; mais n'y en a-t-il donc pas, et de très-sérieux aussi, dans le système contraire?

N'est-on pas effrayé de l'injustice, du désordre, que produirait l'annulation des actes sincèrement, honnêtement passés en pays étranger, et sur la foi desquels des droits très-importants ont pu s'établir, et des familles même se former.

Aussi, la Cour de Paris a-t-elle, par deux arrêts différents, maintenu des contrats de mariage avec les donations qu'ils renfermaient, rédigés dans des actes sous seing privé à Londres et à Munich, par des Français qui y étaient réfugiés. (Paris, 11 mai 1816, Bertin, Sirey, 1817, II, 10; Paris, 22 nov. 1828, de Roquelaure, Sirey, 1829, II, 77.)

La Cour de cassation a décidé aussi que, pour qu'un testament fait par un Français en pays étranger soit réputé fait par acte authentique, le concours d'un officier public n'est pas indispensable, si la loi du pays étranger ne l'exigeait pas. (Cass., 6 février 1843, de Bonneval, Dev., 1843, I, 209; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 475.)

Enfin, d'autres arrêts vont bien plus loin encore; ils décident que le mariage lui-même, l'acte de l'état civil! peut être valablement contracté entre Français en pays étranger, sans aucun acte écrit, s'il réunit d'ailleurs les conditions exigées dans le pays où il a eu lieu. (Art, 170; Cass., 20 déc. 1841, Bousquet, Dev., 1842, II, 321; Bordeaux, 14 mars 1849, Rebiere, Dev., 1852, II, 407; Cass., 13 janv. 1857, de Valmy, Dev., 1857, I, 81.)

Oh! sans doute, s'il y a eu dol, si c'est frauduleusement qu'on est allé faire dans la forme sous seing privé, en pays étranger, un acte que l'on aurait pu faire, en France, que dans la forme authentique, notre décision ne serait plus la même. Après tout, la règle *locus regit actum* n'est écrite nulle part en termes absolus; cette disposition, insérée dans le projet, en a été retranchée, entre autres motifs pour laisser aux magistrats une certaine liberté d'appréciation. C'est donc à eux qu'il appar-

tient de l'appliquer avec discernement, et avec équité, suivant l'intérêt bien compris des relations sociales. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 97, G. Massé, *Observations*, Dev., 1857, I, 81.)

106 *bis*. — La règle *locus regit actum* est-elle impérative, ou simplement facultative?

Un étranger, par exemple, a fait, en France, un testament olographe, qui ne serait pas valable d'après la loi française, parce que les formes requises par l'article 970 n'y ont pas été observées, mais qui serait valable d'après la loi étrangère.

Cet acte doit-il être considéré comme valable en France?

Cette question était, dans notre ancien droit, très-controversée; et toutefois, l'opinion la plus générale paraissait être que la maxime *locus regit actum* était impérative et absolue. (Comp. Ricard, *du Don mutuel*, n° 307; Boullenois, part. II, tit. II, chap. I, *observ.* 34; Merlin, *Répert.*, t. XVII, v° *Testam.*, sect. II, § 4, art. 11.)

Telle est encore aujourd'hui la tendance de la jurisprudence moderne (Comp. Paris, 25 mai 1852, de Veine, Dev., 1852, II, 289; Cass., 9 mars 1853, Browning, Dev., 1853, I, 274; Coin-Delisle, sur l'art. 999, n° 6.)

Il faut reconnaître, pourtant, que notre Code s'est départi de l'ancienne doctrine dans l'article 999, en ce qui concerne le testament olographe fait par un Français en pays étranger; et ne serait-il pas permis, dès lors, d'en induire, par réciprocité, qu'il ne l'a pas non plus conservée, en ce qui concerne le testament olographe fait en France par l'étranger? (Comp. Cass., 25 août 1847, Quartin, Dev., 1847, I, 713; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 100.)

Cette réciprocité, toutefois, ne paraît pas nécessaire, et le plus sûr serait encore, à notre avis, de s'en tenir à la règle d'après laquelle les juges français ne doivent considérer comme valables les actes faits en France, qu'autant qu'ils ont été faits suivant les formes de la loi fran-

çaise. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 484.)

107. — Au reste, il est bien clair que les formalités usitées en pays étranger ne suffiraient pas, s'il s'agissait d'un acte soumis, par la loi française, à des conditions qui ne pourraient être efficacement accomplies qu'en France.

C'est ainsi que la donation entre-vifs d'un immeuble situé en France, faite en pays étranger, serait soumise à la formalité de la transcription (art. 939), lors même que la loi étrangère ne l'exigerait pas. Cette formalité et les autres de même nature (art. 2134), constituent des dispositions accessoires du *statut réel*, qui régit, nous le savons, tous les immeubles français, sans distinction. (Art. 3.)

108. — Ajoutons enfin que les Français, en pays étranger, qui peuvent employer les formes autorisées par la loi étrangère, peuvent, en outre, avoir recours au ministère des consuls et des agents diplomatiques français, qui sont, à cet effet, compétents pour recevoir certains actes. (Art. 48, 994 du Code Nap.; Ordonnance du 23 octobre 1833; comp. notre *Traité précité*, t. IV, n° 477.)

CHAPITRE IV.

DE L'APPLICATION, DE L'INTERPRÉTATION ET DE L'ABROGATION DES LOIS.

SOMMAIRE.

109. — De l'application de la loi. — Les juges ne doivent pas prononcer par voie de disposition générale et réglementaire.
110. — Suite. — Exemple.
111. — Mais les juges doivent prononcer sur toutes les causes qui leur sont soumises.
112. — L'article 4 s'applique-t-il en matière pénale?
113. — L'article 4 n'érige pas indistinctement en lois obligatoires toutes les règles de *droit naturel*.

109. — § 1er. *De l'application des lois.*

La loi, une fois sanctionnée, sort du domaine du pouvoir législatif; et l'application en est confiée au pouvoir judiciaire.

Cette séparation, aujourd'hui fondamentale, ne fut pas toujours aussi bien observée; je veux parler des anciens Parlements, qui, à l'exemple des Préteurs romains, étaient autrefois dans l'usage de rendre *des arrêts de règlement*, c'est-à-dire de déclarer, d'avance et d'une manière générale, comment ils décideraient telle ou telle question dans l'étendue de leur ressort.

Ces règlements avaient bien quelques avantages; et, par exemple, on pouvait dire qu'ils épargnaient aux parties les frais de l'appel.

Mais ils n'en constituaient pas moins : 1° une confusion anticonstitutionnelle et dangereuse de deux pouvoirs qui doivent être séparés et indépendants; 2° un obstacle permanent à l'uniformité des lois et de la jurisprudence dans toute la France.

Déjà la loi des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 11) avait replacé le pouvoir judiciaire dans ses véritables limites.

L'article 5 consacre aussi cette disposition, plus nécessaire encore aujourd'hui sous l'empire de la législation nouvelle :

« Il est défendu aux juges de prononcer, par voie de « disposition générale et réglementaire, sur les causes « qui leur sont soumises. »

Les tribunaux ne peuvent donc prononcer que sur les procès qui leur sont déférés, et dans les limites des *conclusions* prises devant eux par les parties qui les ont saisis. Ces conclusions sont le principe et la mesure du pouvoir des juges dans chaque cause; elles forment les termes d'un véritable contrat judiciaire, par lequel les parties sont réputées s'accorder pour soumettre leur différend à la justice, et qui dès lors doit être limité, comme les conventions en général, aux parties elles-mêmes, à l'objet déterminé à la cause du procès. (Art. 1165, 1351, Cod. Nap.; 480, 3° et 4°, 1028, 1° et 5°, Cod. de procéd.; comp. Cass., 6 mai 1862, ville de Perigueux, Dev., 1862, I, 730; Cass., 27 mai 1862, Chemin de fer de l'Est, Dev., 1862, I, 966; Cass., 11 nov. 1872, Mourgues, Dev., 1872, I, 428.)

110. — Pareillement, les tribunaux ne pourraient pas attester de quelle manière telle ou telle question était autrefois jugée ou serait jugée actuellement dans leur ressort. Cette déclaration générale, rendue en l'absence de toute contestation particulière, constituerait encore une violation de notre article 5. (Comp. Bruxelles, 9 mai 1832, Corswaren, D., 1833, II, 199; et aussi *Rec. alph.*, v° *Compét.*, sect. 1re.)

111. — Mais si les juges ne doivent statuer que sur les causes qui leur sont soumises, ils doivent toujours et nécessairement statuer sur toutes celles qui leur sont soumises.

L'article 4 est ainsi conçu :

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du « silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, « pourra être poursuivi comme coupable de déni de jus « tice. » (Ajout. art. 505, 4°, Cod. de procéd.; 185, Cod. pén.)

Nul ne peut, dans une société policée, se faire justice à soi-même. Mais pour que cette maxime, sur laquelle repose l'ordre public, soit équitable et obéie, il faut que toute contestation soit résolue par les magistrats.

112. — On a écrit que notre article 4 ne s'applique pas en matière pénale.

Il faut s'entendre.

Si on veut dire que le juge ne peut pas alors étendre la loi, l'appliquer par induction, par analogie d'un cas à un autre, cela est incontestable (art. 4, Cod. pén., et 364, Cod. d'inst. crim.); mais le juge, saisi en matière criminelle, ne doit pas moins aussi nécessairement prononcer sur la cause qui lui est soumise. Seulement, s'il n'y a pas de loi pénale applicable au fait, il renverra l'accusé ou le prévenu; mais en cela même il statuera, il jugera entre le ministère public et l'accusé. (Comp. Cass., 8 sept. 1809, Sirey, 1810, I, 1; Cass., 15 avril 1864, Gide, et 10 juin 1864, Guerre, Dev., 1866, I, 83-84.)

113. — De même, je ne crois pas qu'on soit autorisé, par notre article 4, à dire que toutes les règles *du droit naturel* se trouvent ainsi sanctionnées en masse, et indistinctement érigées en lois civiles obligatoires. (Comp. Marcadé, art. 4.)

Je me suis déjà expliqué sur ce point (ch. I).

Il me semble, au contraire, que, même en matière civile, si le demandeur n'invoque, à l'appui de sa prétention, qu'une *pure règle de droit naturel*, non sanctionnée, même indirectement, même implicitement, par la loi, le juge ne devra pas lui accorder le bénéfice de ses conclusions. Est-ce à dire qu'il violera l'article 4, et qu'il refu-

sera de juger? non, sans doute; il jugera, au contraire, que la demande n'est pas fondée.

Remarquez bien, en effet, que le texte semble ne pas même admettre le silence, l'obscurité, ou l'insuffisance de la loi.... *sous prétexte*, dit-il. Ce n'est pas, toutefois, que je pense que ce serait *calomnier la loi*, suivant le mot de Proudhon (t. I, p. 100), que de l'accuser de ces imperfections plus ou moins inévitables; mais enfin, il en résulte que le juge ne peut pas *légalement* prétendre que *la loi* ne lui donne pas les moyens de résoudre la cause qui lui est soumise.

En réalité, sans doute, les lois ne peuvent pas embrasser toutes les hypothèses si variées, si nombreuses, que chaque jour la pratique soulève. (L. X, ff. *de Leg.*)

Mais alors le juge doit recourir aux règles de l'interprétation.

114. — § 2. *De l'interprétation des lois.*

1° Qu'est-ce que l'interprétation des lois, et par quelles règles est-elle, en général, dirigée?

2° De qui émane-t-elle, et quels sont ses effets?

115. — N° 1. En théorie, l'interprétation, c'est l'explication de la loi; interpréter, c'est découvrir, c'est *élucider* le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile; elle peut même parfois prêter au législateur des vues, des intentions qu'il n'avait pas..., meilleures ou moins bonnes; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir *inventé;* autrement, elle ne serait plus de l'*interprétation.*

Sous ce rapport, et à ne considérer que l'art, le procédé, comme aussi le but et le résultat, il est vrai de dire qu'il n'y a et qu'il ne peut y avoir qu'une seule espèce d'interprétation. (Comp. Zachariæ, t. I, p. 71; Marcadé, art. 2 et 5.)

116. — Quant aux règles qui doivent éclairer, diri-

ger l'interprétation, elles font l'objet de notre cours tout entier; et c'est par le développement successif des matières du droit civil que nous les exposerons.

Il nous suffira de tracer ici rapidement quelques principes généraux, que l'épreuve de la discussion et des exemples fera plus tard mieux comprendre.

Et d'abord, lorsque la loi est claire et positive, il n'y a pas lieu, bien entendu, à interprétation; elle doit donc être appliquée, lors même qu'elle ne paraîtrait pas conforme aux principes généraux du droit, ou à l'équité. Le juge peut se tromper lui-même à cet égard; la loi d'ailleurs peut être fondée sur des raisons d'intérêt général, auxquelles il a fallu sacrifier quelques intérêts privés; enfin, et en tout cas, cette loi, quelle qu'elle soit, doit être obéie, tant qu'elle existe.

Lorsqu'il y a lieu à interprétation, il faut rechercher les motifs de la loi, le but qu'elle s'est proposé; consulter l'esprit général de la législation; se rappeler que la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure, la loi spéciale sur la loi générale, l'exception sur la règle; comparer, combiner ensemble les différentes dispositions de la loi; remonter aux sources dans lesquelles elle a été puisée : le Droit romain, les lois antérieures, les anciens auteurs; interroger les discours, les discussions qui l'ont préparée, la pratique, la coutume, *optima legum interpres*, (L. 33, ff. *de Legibus*), la jurisprudence, surtout celle de la Cour de cassation, chargée spécialement de maintenir l'exacte application des lois dans tout l'Empire; ne pas craindre d'étendre une disposition de droit commun par identité de motifs, mais restreindre, au contraire, les dispositions exceptionnelles et exorbitantes; peser attentivement les avantages et les inconvénients de chaque interprétation différente; et enfin consulter l'équité, je veux dire cette équité du jurisconsulte, qui ne se révèle pas seulement par les inspirations de la conscience et de la raison naturelle, mais aussi et surtout par l'étude attentive, par l'ap-

préciation intelligente des textes de la loi, des principes de la science juridique et des besoins de la société. (*Voy.* le *Traité de l'interprétation juridique*, de notre savant prédécesseur G. Delisle.)

Je me borne ici à ces généralités. L'interprétation des lois est une œuvre de raisonnement et de logique, mais aussi de discernement et de bon sens, de sagesse et d'expérience. L'interprétation des lois, c'est la science elle-même tout entière! c'est le grand et difficile problème, dont la connaissance fait le jurisconsulte vraiment digne de ce nom!

117. — N° 2. *De qui émane l'interprétation des lois, et quels sont ses effets?*

Nous avons dit que l'interprétation, comme art, comme procédé, est nécessairement toujours la même. Ce n'est donc qu'à raison de l'origine, d'où elle procède, et des différents effets qu'elle produit, qu'on a pu en distinguer plusieurs sortes :

L'une, *doctrinale*, émanant des écrivains, des jurisconsultes;

L'autre, *judiciaire*, émanant des cours, des tribunaux?

La troisième, *législative*, émanant du pouvoir législatif. (Comp. Zachariæ, t. I, p. 71.)

Nous n'avons rien à dire de l'interprétation appelée spécialement *doctrinale*, sinon, qu'elle est, bien entendu, parfaitement libre, et qu'elle n'a d'autre force que celle que lui donne sa propre valeur scientifique, et aussi le crédit, la renommée de son auteur.

118. — L'interprétation *judiciaire*, nous le savons déjà, est donnée par les magistrats, mais seulement dans les causes particulières qui leur sont soumises.

Nous savons aussi qu'elle n'a d'effet que pour chacune de ces causes particulières, déterminément, limitativement (art. 1351); de telle sorte qu'après la cause jugée

suivant une certaine interprétation de la loi, un autre tribunal, ou une autre Cour, bien plus, la même Cour, le même tribunal, pourrait immédiatement, dans une autre cause, adopter une autre interprétation.

119. — Ce que je viens de dire révèle un grand danger dans cette interprétation *judiciaire;* c'est que la même loi peut être ainsi entendue et appliquée de plusieurs manières différentes et contraires ; sans doute, il peut arriver qu'une jurisprudence uniforme finisse par sortir de cette lutte et de cette épreuve ; mais il peut arriver aussi, et il n'y en a que trop d'exemples! que le désaccord et la contrariété des décisions judiciaires subsistent et se propagent; et alors, c'est un grand mal, c'est un véritable désordre, puisque les citoyens ne savent vraiment plus quelle est la loi qui les régit, et ne peuvent point compter, quoi qu'ils fassent, sur la validité de leurs actes et de leurs conventions, livrés ainsi à toutes les oscillations, à tous les revirements d'une jurisprudence incertaine.

Tous les législateurs ont dû pourvoir à ce danger ; et cette nécessité était plus grande encore aujourd'hui, sous notre régime nouveau, qui a fondé l'uniformité, l'unité de législation dans tout l'Empire.

De là l'interprétation *législative,* sur laquelle il nous faut voir aussi par qui et dans quels cas elle est donnée, et quels effets elle produit.

120. — On peut compter, à cet égard, dans l'histoire de notre droit, quatre époques principales :

1° Sous l'empire de la loi des 16-24 août 1790, l'interprétation appartenait au pouvoir législatif.

C'était l'application de la maxime : *Ejus est interpretari legem, cujus est condere.* (L. ult., Code *de Legibus.*)

D'une part, on pensait que le pouvoir qui a fait la loi, est plus en état que tout autre d'en connaître et d'en révéler le sens.

D'autre part, pour faire accepter, pour imposer une

interprétation à tous les corps judiciaires, il faut avoir la puissance législative.

Le *référé* au Corps législatif était tantôt *facultatif* de la part des tribunaux, qui pouvaient demander une interprétation; tantôt *nécessaire*, lorsqu'après deux cassations dans la même affaire, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, le troisième tribunal, saisi par l'arrêt de renvoi, jugeait de la même manière que les deux autres. (*Voy.* aussi Ordonnance 1667, tit. 1er, art. 7; Constitution du 3 septembre 1791, art. 3; loi du 27 ventôse an VIII, art. 78.)

2° La loi du 16 septembre 1807 vint changer cet état de choses, et décida que l'interprétation serait donnée par le gouvernement, sur l'avis du conseil d'État, dans la forme des règlements d'administration publique.

Ce n'était donc plus le pouvoir législatif, même d'après la Constitution alors en vigueur; c'était le gouvernement, qui, ayant l'initiative des lois, devait, disait-on, en connaître l'esprit mieux que personne.

L'interprétation devait avoir lieu *de droit*, lorsque, après deux cassations dans la même affaire, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, la troisième décision était encore attaquée par les mêmes moyens; mais la Cour de cassation *pouvait* demander l'interprétation, avant de prononcer le second arrêt.

3° Lorsque la Charte de 1814 fut promulguée, on prétendit d'abord qu'elle avait virtuellement abrogé la loi du 16 septembre 1807 et restitué au pouvoir législatif le droit constitutionnel d'interpréter les lois (*voy.*, à ce sujet, l'Ordonnance des 27 nov. et 17 décembre 1823); mais ce ne fut que la loi du 30 juillet 1828, qui rendit cette attribution à la puissance législative.

Par une autre innovation très-remarquable encore, cette loi de 1828 décida que, lorsque la Cour de cassation aurait annulé deux arrêts ou jugements dans la même

affaire, entre les mêmes parties et par les mêmes moyens, le jugement de l'affaire *serait, dans tous les cas, renvoyé à une Cour royale,* dont l'arrêt ne pourrait plus être déféré à la Cour de cassation sur les mêmes points et par les mêmes moyens.

Seulement, l'obscurité de la loi étant démontrée par cette lutte entre la Cour de cassation et les Cours royales, la loi du 30 juillet 1828 voulait qu'il en fût référé au roi, et qu'une loi interprétative fût proposée aux Chambres, dans la session qui suivait ce référé.

4° Enfin, la loi du 1er avril 1837, encore en vigueur, forme aujourd'hui la quatrième époque.

La loi de 1828 avait, il faut le dire, consacré une véritable amélioration, en ne suspendant pas le cours de la justice par des *référés législatifs*, comme l'avaient fait les régimes précédents, et en voulant que l'affaire pendante n'en fût pas moins jugée immédiatement.

Mais d'un autre côté, elle avait encouru deux reproches : le premier, d'avoir, contrairement aux règles fondamentales de la hiérarchie judiciaire, donné sur la question le dernier mot aux Cours royales ; le second, d'avoir ainsi créé un puissant obstacle de plus à cette uniformité de décisions judiciaires, que la Cour de cassation, Cour suprême, Cour souveraine, ne peut procurer et maintenir qu'autant que ses arrêts seront, en effet, suprêmes et souverains.

Telles sont surtout les considérations qui ont produit la loi du 1er avril 1837, qui renferme deux innovations importantes :

1° Après la seconde cassation, la cour ou le tribunal, auquel l'affaire est renvoyée, doit se conformer à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour ;

2° Il n'est plus, en aucune manière, question d'un référé quelconque au pouvoir législatif pour l'interprétation des lois.

Je ne rechercherai pas si cette loi de 1837 n'a pas, sous ce rapport, dénaturé l'institution de la Cour de cassation, si elle n'en a pas fait un troisième degré de juridiction ; je passe de suite à ce qui concerne les effets de l'interprétation *législative*.

121. — A la différence de l'interprétation *judiciaire*, exclusivement limitée à chacune des causes particulières, auxquelles elle s'applique, l'interprétation *législative* doit être générale, obligatoire enfin comme toute loi. Son but essentiel précisément, c'est de ramener l'unité, l'uniformité; c'est de rendre la loi interprétée obligatoire dans le sens de l'interprétation, que le pouvoir législatif lui a donnée.

Aussi, tous les auteurs, anciens et nouveaux, avaient-ils, jusque dans ces derniers temps, enseigné que la loi interprétative s'incorpore avec la loi interprétée ; qu'elle ne fait avec elle qu'une seule et même loi, plus intelligible seulement et plus claire, et que, par conséquent, elle doit être appliquée aux faits même antérieurs, sans qu'il y ait, en cela, aucune rétroactivité.

122. — Ces principes sont-ils encore vrais aujourd'hui, sous l'empire de la loi du 1er avril 1837 ?

Les principes eux-mêmes! oui, assurément ; car ils sont tels qu'ils ne peuvent pas cesser d'être vrais. Si nous avons encore des lois *interprétatives*, ces lois s'assimileront à la loi interprétée, auront, en réalité, la même date que cette loi, ne seront, en un mot, que cette loi elle-même rendue plus claire.

Mais avons-nous encore des lois interprétatives?

C'est la seule question qui puisse être posée; et il faut avouer que celle-ci peut très-bien l'être.

En effet, d'une part, ce n'est pas l'arrêt de la Cour de cassation, qui constitue une interprétation générale et obligatoire ; cet arrêt n'oblige que la Cour impériale saisie par le renvoi, et seulement dans l'affaire qui en est l'objet; cette même Cour et toutes les autres, comme

la Cour de cassation elle-même, peuvent, dans une autre affaire, adopter une autre interprétation.

D'autre part, nous avons vu que la loi du 1er avril 1837, à la différence de la loi du 30 juillet 1828, ne dit plus qu'il en sera référé au pouvoir législatif; et cette omission est d'autant plus significative, que, dans les deux Chambres législatives d'alors, plusieurs orateurs, et M. le garde des sceaux lui-même, ont positivement déclaré l'*impossibilité*, dans l'organisation politique de cette époque, d une interprétation législative :

1° Comment contenir, disait-on, l'omnipotence du pouvoir législatif dans les limites d'une simple interprétation ? N'est-il pas bien à craindre qu'au lieu d'interpréter il n'innove, et que, par conséquent, il ne rétroagisse ?

2° La composition d'ailleurs des assemblées délibérantes est-elle conciliable avec cette espèce de consultation, qu'on irait leur demander, sur des lois rendues à d'autres époques et sous l'empire d'autres principes politiques ?

3° Enfin, que ferait-on, si les diverses branches du pouvoir législatif ne pouvaient pas s'accorder sur le sens de la loi ? Et remarquez qu'il ne pouvait y avoir lieu, dans ce cas, à ces mutuelles concessions si désirables partout ailleurs; il s'agit de *déclarer* sincèrement, rigoureusement, le sens exact d'une loi déjà acquise aux citoyens.

De tous ces motifs, on a conclu, M. le ministre de la justice lui-même a conclu que *le législateur ne pouvait interpréter que pour l'avenir.*

Mais il est évident que ce n'est plus là *interpréter*, suivant l'acception technique de ce mot; c'est changer, c'est modifier, c'est améliorer la loi, si on veut; mais enfin c'est faire une loi nouvelle, une loi différente; et il est bien certain qu'une loi ainsi faite ne pourrait pas être appliquée aux faits antérieurs à sa promulgation.

123. — De tout ce que je viens de dire, il résulterait

donc que l'*interprétation législative* n'existerait plus aujourd'hui en France.

Tel paraît être, en effet, le sentiment de Duranton, qui pense *qu'en réalité, il n'y a plus lieu à l'interprétation de la loi par voie de disposition législative* (t. I, p. 137); de Marcadé (t. I, p. 103); et aussi de Foucart, qui, après avoir exprimé l'opinion qu'*avec notre système législatif, il aurait été très-difficile de faire des lois purement interprétatives*, ajoute *que le gouvernement serait libre de faire une proposition aux Chambres, afin de statuer sur la difficulté; mais que la loi, qui interviendrait alors, serait introductive d'un droit nouveau, et n'aurait d'effet que pour l'avenir* (t. I, n° 90).

Je ne pense pas qu'on doive adopter cette opinion.

Malgré les déclarations, qui ont pu être faites à cet égard, dans les Chambres, la loi du 1er avril 1837 se borne seulement à ne point parler de l'*interprétation législative;* elle supprime toute espèce de référé, soit facultatif, soit nécessaire; elle fait bien sous ce double rapport; les référés *facultatifs* suspendaient le cours de la justice, et nous auraient ramenés à *la législation des rescrits, la pire de toutes*, a très-bien dit M. Portalis (11 juin 1843; *supra*, n° 36); les référés *nécessaires* s'accumulaient, sous l'empire de la loi du 30 juillet 1828, sans qu'il fût possible d'y donner suite; et c'est cet état de choses que la loi de 1837 a voulu faire cesser. L'interprétation législative ne sera donc plus *forcée;* elle sera par conséquent plus rare; et je crois que cela même est encore un bien.

Mais il ne serait pas logique ni prudent d'en conclure qu'elle ne pourra jamais avoir lieu, et qu'enfin il n'y a plus, en France, d'*interprétation* des lois par voie législative.

Ce mode d'interprétation est fondé, comme nous l'avons vu, sur une nécessité publique, politique; il a été de tout temps admis; et il est plus nécessaire que jamais aujourd'hui sous l'empire d'une législation uni-

forme. Enfin, depuis 1837, le gouvernement a proposé et les chambres ont voté une *loi interprétative pour le passé*, en décidant *que les actes passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an* XI ne peuvent être annulés pour défaut de présence du notaire en second ou des deux témoins (loi du 21 juin 1843); et cet exemple même témoigne combien *l'interprétation législative* est nécessaire, puisqu'elle seule pouvait alors apaiser les alarmes qui agitaient les familles et la société, et prévenir les désordres de tous genres, qu'aurait produits l'annulation des actes si nombreux, si importants qui avaient été faits en exécution de la loi du 25 ventôse an XI (comp. Cass., 20 décembre 1843, de Saint-Amans, Dev., 1844, I, 13).

124. — § 4. *De l'abrogation des lois.*

Le pouvoir législatif qui peut créer des lois nouvelles, peut dès lors, suivant les temps et les besoins du pays, changer, modifier, abroger les lois anciennes, les lois existantes.

L'abrogation est expresse ou tacite.

125. — L'abrogation est expresse, lorsque la loi nouvelle exprime positivement que l'ancienne loi est rapportée, abrogée, cessera d'avoir effet, etc.

C'est ainsi que l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII déclare qu'à compter du jour où les lois composant le Code Napoléon sont exécutoires, *les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi dans les matières, qui sont l'objet des lois composant le présent Code* (art. 1390 Cod. Nap.; 1041 Cod. de proc.).

126. — L'abrogation est tacite, lorsque les dispositions de la loi nouvelle sont incompatibles avec les dispositions de la loi antérieure.

Mais alors l'abrogation ne résultant que de la contrariété entre les deux lois, il ne faut la reconnaître qu'à l'égard de celles des dispositions de la loi ancienne, qui se

trouvent inconciliables avec les dispositions nouvelles (L. 28 ff. *de Legibus;* comp. Cass., 24 avril 1809, la Régie de l'Enregistr., Sirey, 1809, II, 222; Cass., 20 oct. 1809, *le Proc. génér. des Ardennes,* Sirey, 1810, I, 303; Montpellier, 21 novembre 1829, Coulougnon, Dev., 1830, II, 88).

Ce mode d'abrogation implicite soulève des difficultés; et c'est surtout dans certaines matières spéciales, régies par des lois successivement promulguées à des époques différentes, qu'il a jeté parfois beaucoup d'incertitudes et de complications.

127. — En principe, la loi générale n'est pas présumée vouloir déroger à la loi spéciale; et l'abrogation tacite n'a pas lieu dans ce cas, à moins que l'intention contraire du législateur ne résulte suffisamment de la loi elle-même. (Comp. Merlin, *Répert.* t. VII, p. 557; Cass., 24 avril 1821, Clément, Sirey, 1822, I, 27; Cass., 8 août 1822, Périgeas, Sirey, 1823, I, 130; Cass., 14 juill. 1826, Grand-Jean, Sirey, 1827, I, 104; Cass., 8 février 1840, Mahieu, Dev., 1840, I, 281.)

128. — Lorsque la loi ancienne et la loi nouvelle statuent sur la même matière, et que la loi nouvelle ne reproduit pas une disposition particulière de la loi ancienne, sans pourtant prononcer d'abrogation expresse, on est néanmoins autorisé à dire que cette disposition particulière est abrogée. (Cass., 8 févr. 1840, Mahieu, Dev., 1840, I, 281; Av. du Cons. d'État, du 8 févr. 1812.)

En effet, si le législateur, qui ne prononce pas l'abrogation formelle, ne doit pas, en général, être présumé vouloir empêcher, comme on l'a dit, la *fusion* des deux lois, il en est autrement, lorsque la loi nouvelle crée, sur la même matière, un système entier et complet, plus ou moins différent de celui de la loi ancienne. Il ne serait pas sage alors, suivant la remarque de M. Mérilhou, d'altérer l'économie et l'unité de cette loi nouvelle, en y mêlant les dispositions, peut-être hétérogènes, de la loi

ancienne, qu'elle a remplacée. (*Encyclop. du droit*, v° *Abrogation.*)

129. — On pense généralement que l'abrogation tacite de la loi résulte encore, soit de la cessation de ses motifs, soit de la disparition de l'ordre de choses, pour lequel elle avait été faite. (Comp. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Trib. d'appel*, § 3.)

On ne saurait être toutefois trop réservé à cet égard.

Il pourrait arriver qu'une loi survécût au motif principal qui l'aurait fait d'abord introduire, parce que des motifs secondaires subsisteraient encore, ou même que d'autres motifs, survenus depuis, la rendraient susceptible d'une application, qui, en la détournant de ses premiers motifs, n'aurait pourtant rien d'injuste ni de contraire à la volonté du législateur. L'existence des lois, en effet, leur force obligatoire, ne sont pas nécessairement subordonnées à leurs motifs qui, d'ailleurs, n'y sont pas exprimés.

130. — Je me suis déjà expliqué sur ce qui concerne l'abrogation des lois par un usage contraire. (*Supra*, n° 35.)

Il me semble qu'il est encore plus difficile d'admettre que cette abrogation puisse aujourd'hui résulter de la simple *désuétude*. Je ne parle, bien entendu, que d'un pays comme le nôtre, où la puissance législative ne peut être exercée que suivant les conditions déterminées par la loi constitutionnelle. Je ne crois pas alors qu'on puisse invoquer la loi 32, ff., *de Legibus* (comp., en sens contraire, Bourges, 23 mai 1840, de Culon, Dev., 1841, II, 97; Duranton, t. I, n°s 107, 108).

Je signalais plus haut les incertitudes et les perplexités, que ce mode d'abrogation pourrait produire. J'en trouve une preuve nouvelle dans l'article de l'*Encyclopédie du droit*, au mot *Abrogation*, que j'ai déjà cité (n° 128). L'honorable auteur de cet article, après avoir admis l'abrogation par désuétude, ajoute *que le gouvernement, qui veut*

remettre en vigueur une loi longtemps inexécutée, doit faire publier de nouveau, et que cette loi révivifiée n'a d'effet que pour l'avenir. (N° 21.)

Mais de deux choses l'une:

Ou la loi est *abrogée* par la désuétude; et alors, le gouvernement ne peut pas seul lui rendre la vie, la créer de nouveau;

Ou elle n'est pas abrogée; et alors, comment expliquer cette espèce de sommeil et d'interrègne, qui ne cessera que pour l'avenir, et lorsque le gouvernement le jugera à propos?

Je ne nie pas assurément toute la puissance des faits, toute l'influence des mœurs publiques; et je sais bien aussi quels embarras peut produire dans la société la longue inexécution des lois. Mais c'est là précisément le mal dont il faudrait prévenir l'origine, en proclamant bien haut *la maxime tutélaire :* que toute loi doit être exécutée, tant qu'une autre loi ne l'a pas abrogée. (*Voy. Moniteur* du 25 décembre 1825, le rapport de la commission chargée de la révision des lois; comp. Riom, 14 juin 1843, comm. de Clermont Ferrand, Dev., 1843, II, 329; Paris, 1er mai 1848, Dubois, Dev., 1849, II, 110; Toullier, t. VIII, nos 274-278, et t. XIII, *in fine*, p. 542 et suiv.; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 162; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 50, Foucart, *Élém. de droit publ.*, t. I, n° 88.)

TRANSITION.

SOMMAIRE.

131. — Division générale du Code Napoléon.
132. — Définition des mots *personne*, *état* et *capacité*.
133. — Suite.
134. — L'État, les communes, etc., forment des personnes fictives.
135. — Énumération des causes qui exercent le plus d'influence sur l'état et la capacité des personnes.
136. — Objet du livre Ier.

131. — Ici finissent les dispositions du Titre préliminaire.

Voici maintenant, à grands traits, l'économie et la distribution générale du Code Napoléon.

Il est divisé en trois livres :

Le premier traite *des personnes*, séparément, principalement.

Le second traite, séparément aussi et principalement, *des biens et des différentes modifications de la propriété.*

Le troisième, enfin, met les personnes en rapport avec les biens, et traite *des différentes manières dont on acquiert la propriété;* et en même temps il trace les conditions principales et les effets généraux de certains contrats, les plus fréquents, les plus importants de la vie civile, et dont il a paru nécessaire que le législateur s'occupât, soit dans l'intérêt privé des parties, pour régler l'interprétation la plus judicieuse et la plus équitable de leurs volontés, soit dans l'intérêt public, pour imprimer aux mœurs et aux usages du pays l'uniformité et l'harmonie conciliables avec la liberté des conventions.

132. — Le premier livre, disons-nous, traite *des personnes, de leur état, de leur capacité.*

La *personne*, c'est l'homme, c'est l'individu lui-même, considéré par la loi dans ses rapports avec les autres hommes, avec la place qu'il occupe dans la société, dans la famille, avec ses droits et ses obligations[1].

L'*état*, c'est cette place elle-même, ce rôle social, cette condition juridique, cet ensemble de droits et d'obligations[2].

La *capacité*, enfin, c'est l'aptitude légale, c'est l'habi-

1. *Persona* signifiait originairement le masque de théâtre sous lequel l'acteur jouait son rôle, et qui portait au loin sa voix.... *personare, personabat*. Ce mot s'est ensuite appliqué au rôle lui-même que l'acteur représentait, et enfin à la position, au *rôle*, au *personnage* du citoyen dans la société.

2. *État*, de *stare*, *status* (ff. *de Statu hominum*).

leté, l'idonéité de la personne à avoir la jouissance ou l'exercice de tel ou tel droit.

133. — Au reste, ces différents mots ne nous paraissent pas susceptibles d'une définition rigoureusement exacte et précise; — et surtout, en ce qui concerne *la personne*, nous croyons qu'il vaut mieux aujourd'hui, qu'il est plus simple et plus vrai de ne pas chercher à la distinguer doctrinalement de l'*homme*, de l'*individu*. Cette distinction, abstraite et métaphysique, ne pourrait être, suivant nous, dans le Code Napoléon, qu'une source d'obscurité et d'embarras.

Nous ne connaissons pas, dans notre droit, ces changements, ces *diminutions de tête*, qui, chez les Romains, opéraient, en effet, sous certains rapports, une sorte de transformation et de métamorphose du même individu en une autre personne juridique (comp. Ducaurroy, *Inst. expl., de usuf*, § 3). Cela n'aurait pu être exact, à certains égards, que pour le mort civilement, avant la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile; mais, outre que l'individu frappé de mort civile n'était pas déchu de toute espèce de droits, on comprend qu'il eût été difficile de trouver, dans cette situation unique et exceptionnelle, la base suffisante d'une distinction scientifique et générale.

Ajoutons que la Cour de cassation avait déjà décidé, dès 1839, que l'esclave lui-même dans les colonies doit être rangé dans la classe *des personnes* (Cass., 8 fév. 1839, Douanes, D., 1839, I, 194). Et l'on sait qu'aujourd'hui l'esclavage est complétement aboli. (Décret du 27 avril 1848; Constitution des 4-10 novembre 1848, art. 6; Sénatus-consulte du 3 mai 1854, art. 1.)

134. — Ce que nous venons de dire n'empêche pas de reconnaître l'existence de certaines *personnes* purement fictives et juridiques.

C'est ainsi que l'État, les communes, les établissements publics forment des personnes, ou, en d'autres termes, pour nous, synonymes, des individus, des êtres abstraits,

qui ont des droits et des obligations, et qui sont l'objet de règles particulières. (Art. 619, 910, 1712, 2045, etc., Cod. Nap.)

135. — Parmi les causes qui exercent le plus d'influence sur l'état et sur la capacité des personnes, il faut ranger :

1° L'extranéité, c'est-à-dire la qualité d'étranger;

2° Le sexe.... Les femmes, exclues des droits politiques et, par suite des fonctions publiques, jouissent, en général, des mêmes droits civils que les hommes (art. 8). Mais pourtant, même dans l'ordre privé, leur condition est, sous beaucoup de rapports, régie, ainsi que nous le verrons, par des dispositions spéciales (art. 144, 152, 213, 217, 394, 442, 980, 2066, etc., Cod. Nap.; 113, Cod. de comm.);

3° L'âge.... De là les différences entre les impubères et les pubères, entre les mineurs et les majeurs, et toute l'organisation des tutelles;

4° Le mariage, source unique de la famille, de tous les droits et de toutes les obligations, qui en dérivent;

5° Les rapports de paternité et de filiation, soit légitime, soit naturelle, soit adultérine ou incestueuse;

6° Les infirmités intellectuelles.... De là l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire;

7° Les condamnations judiciaires, d'où résultent aussi, suivant les cas, l'interdiction légale et la privation des droits civiques ou civils.

136. — C'est le livre Ier du Code Napoléon, qui a principalement pour objet de fonder et de régir toutes ces bases, toutes ces conditions de notre organisation sociale.

Aussi, peut-on dire qu'il est véritablement la loi constitutive de la société civile française (*supra*, n° 18).

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SOMMAIRE.

137. — Division.

137. — Nous diviserons ce Titre en trois chapitres; et nous examinerons :

Dans le premier, quelles personnes jouissent des droits civils;

Dans le second, comment les personnes, qui en jouissent, peuvent en être privées;

Dans le troisième, quelle est la condition juridique des étrangers, en France?

CHAPITRE I.

QUELLES PERSONNES JOUISSENT DES DROITS CIVILS.

SOMMAIRE.

138. — Tout Français jouit des droits civils.
139. — Distinction entre la jouissance et l'exercice des droits civils.
140. — Distinction entre les droits civils et les droits politiques.
141. — Il faut être *citoyen* pour jouir des droits politiques.
142. — Comment s'acquiert et se conserve la qualité de citoyen?

138. — L'article 8 est ainsi conçu :

Tout Français jouira des droits civils.

Tout Français..... Nous examinerons bientôt comment l'étranger peut être admis, en tout ou en partie, à la participation de nos droits civils; mais le principe, c'est que les droits civils français sont faits, d'abord et avant tout, pour les Français (*supra*, n° 12).

Tout Français, sans distinction ; les femmes comme les hommes, les mineurs comme les majeurs, les serviteurs à gage, les faillis (Cass., 6 juin 1831, Blondeau, D., 1831, I, 311), etc., tous les Français enfin, sauf uniquement les exceptions spéciales.

139. — Seulement, il ne faut pas confondre la *jouissance* avec l'*exercice* des droits civils.

La *jouissance*, c'est l'investiture, c'est l'attribution des droits eux-mêmes; l'*exercice*, c'est la mise en œuvre, c'est la pratique.

Or, on comprend que tous les Français ne peuvent pas exercer par eux-mêmes et personnellement leurs droits civils. C'est ainsi que les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans certains cas, sont représentés par des mandataires, par leur tuteur, par leur mari.

Une succession échoit à un mineur; il est héritier (art. 711, 724).... Voilà le droit, la *jouissance* du droit.

Mais cette succession ne pourra être acceptée ou répudiée que par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille (art. 461).... Voilà l'*exercice* du droit délégué à un représentant.

Cette distinction est vraie, mais il faut pourtant remarquer :

1° Que les deux termes, qui l'expriment, sont quelquefois confondus (*voy.* art. 7);

2° Qu'elle ne saurait s'appliquer à tous les droits civils et que même c'est à l'égard des plus précieux peut-être et des plus importants de ces droits, qu'elle se trouve en défaut.

Ainsi la faculté de tester, la faculté de se marier sont des droits civils, à l'égard desquels on ne conçoit pas la *jouissance* distincte et séparée de l'*exercice;* car ils sont essentiellement personnels et ne sauraient s'exercer par délégation. La jouissance alors sans l'exercice, n'est donc qu'un droit purement nominal.

140. — Nous avons vu que la législation de chaque pays se compose de deux éléments, savoir : du droit public et du droit privé.

Le droit privé, ou le droit civil, suivant l'acception moderne de ce mot, est celui qui règle les intérêts des particuliers.... la famille, la propriété, les conventions, etc.; il est la source des *droits civils,* c'est à-dire des facultés, des avantages, dont la jouissance appartient à tous les Français.

Le droit public, dans son acception restreinte et spéciale (*supra*, n°s 16 et 17), est celui qui règle la constitution politique de l'État, et les rapports des gouvernants et des gouvernés; il est la source des droits civiques ou politiques, par lesquels les citoyens sont appelés à participer à l'exercice de la puissance publique. Tels sont : le droit de voter dans les assemblées électorales, l'éligibilité, le droit d'exercer les fonctions de juré, de remplir les emplois publics, de figurer comme témoin instrumentaire dans les actes notariés, autres toutefois que les testaments (art. 980), etc.

141. — Quelles personnes jouissent de ces sortes de droits?

D'après l'article 7 : « *L'exercice des droits civils est indé-* « *pendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne* « *se conserve que conformément à la loi constitutionnelle.* »

La qualité de Français ne suffit donc pas pour avoir des droits politiques; il faut de plus être *citoyen;* et ce ti-

tre, dans ce cas, n'est plus, comme très-souvent, le synonyme de Français, de regnicole ; il indique spécialement l'aptitude à exercer les droits politiques.

Ainsi, tous les Français jouissent des droits civils.

Mais les Français *citoyens* jouissent seuls des droits politiques.

Les uns, les droits civils, sont le but même de la société ; ils sont le prix et la compensation des sacrifices qu'elle impose à chacun de ses membres, sans distinction ; tous y ont donc un égal droit.

Les autres, les droits politiques, sont plutôt le moyen ; ils supposent, ils exigent certaines garanties de capacité et d'intérêt, qu'il appartient au législateur de déterminer, suivant les temps et les progrès des mœurs constitutionnelles et de l'éducation publique. (Comp. *Définition légale de la qualité de citoyen*, par Gabriel Demante, *Revue critique*, 1869, p. 164 et suiv.)

142. — Resterait à savoir comment s'acquiert et se conserve la qualité de citoyen.

Cette question de droit public n'est point de notre domaine ; nous en dirons pourtant quelques mots pour l'entière explication de l'article 7.

Cet article nous renvoie, sur ce point, à *la loi constitutionnelle ;* or, à l'époque où il fut rédigé, la Constitution en vigueur était celle du 22 frimaire an VIII ; et cette loi en effet déterminait la manière de devenir citoyen, soit à l'égard des Français (art. 2), soit à l'égard des étrangers (art. 3), comme aussi les causes qui entraînaient la perte de la qualité de citoyen et la suspension de l'exercice des droits politiques (art. 4, 5, 6).

Ces dispositions étaient ainsi conçues :

Art. 2. « Tout homme né et résidant en France [1], qui, « âgé de vingt et un ans accomplis, s'est fait inscrire sur

1. Nous dirons bientôt que, suivant le droit antérieur au Code Napoléon, tout individu né en France, même de parents étrangers, était Français,

« le registre civique de son arrondissement communal, et
« qui, depuis, a demeuré pendant un an sur le territoire
« de la république, est citoyen français (ajoutez le décret
« du 17 janvier 1806).

Article 3. « Un étranger devient citoyen français, lors-
« que, après avoir atteint l'âge de vingt et un ans accom-
« plis et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il
« y a résidé pendant dix années consécutives.

Article 4. « La qualité de citoyen français se perd par
« la naturalisation en pays étranger ; par l'acceptation de
« fonctions ou de pensions offertes par un gouvernement
« étranger ; par l'affiliation à toute corporation étrangère,
« qui supposerait des distinctions de naissances ; par
« la condamnation à des peines afflictives ou infamantes.

Article 5. « L'exercice des droits de citoyen français
« est suspendu par l'état de débiteur failli, ou d'héritier
« immédiat détenteur à titre gratuit de la succession to-
« tale ou partielle d'un failli ; par l'état de domestique à
« gages attaché au service de la personne ou du ménage;
« par l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de
« contumace.

Article 6. « Pour exercer les droits de cité dans un ar-
« rondissement communal, il faut y avoir acquis domicile
« par une année de résidence, et ne l'avoir pas perdu par
« une année d'absence. »

143. — C'était, avant les Constitutions de 1848 et de 1852, une question controversée que celle de savoir si ces dispositions de la loi du 22 frimaire an VIII étaient encore en vigueur.

Nous savons qu'une loi peut être abrogée de deux manières : expressément ou tacitement (*supra* n° 124).

L'article 59 de la charte de 1830, conforme à l'article 68 de la charte de 1814, était même conçu en ces termes :

« Le code civil et les lois actuellement existantes,
« qui ne sont pas contraires à la présente charte, restent
« en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. »

Or, aucune loi nouvelle n'ayant encore, à cette époque, prononcé l'abrogation expresse des dispositions ci-dessus de la loi du 22 frimaire an VIII, il ne s'agissait que de savoir si elles étaient abrogées tacitement, c'est-à-dire si elles étaient incompatibles avec les dispositions de quelque autre loi postérieure.

Un premier système raisonnait ainsi :

L'abrogation tacite ne peut résulter que de l'incompatibilité d'une loi nouvelle avec la loi ancienne ; or, aucune loi nouvelle n'avait réglé les différents points résolus par les articles 2, 3, 4 et 5 de la loi du 22 frimaire an VIII ; donc, cette loi était encore en vigueur, non point sans doute comme Constitution fondamentale, mais du moins comme loi ordinaire. A la vérité, et depuis bien longtemps on ne tenait plus de registres civiques. Mais tout ce qu'il fallait conclure de l'absence du registre civique, c'est que, sans aucune inscription, le délai d'une année commençait à courir, pour chaque Français, à compter de l'âge de vingt et un ans (art 488, Cod. Nap.). De là cette opinion concluait que les Français n'étaient, sous ce régime, citoyens qu'à vingt-deux ans, et que, par exemple, un acte notarié aurait été nul, si l'un des témoins instrumentaires, majeur de vingt et un ans, n'avait pas atteint sa vingt-deuxième année (Merlin, *Rép.*, v° *Tém. instr.* § 1, n° 3 ; Coin-Delisle, art. 7, n° 10). On avait même fait remarquer (M. Valette, qui toutefois était d'un avis contraire, sur Proudhon, t. I, p. 112) que l'âge de vingt-deux ans était exigé pour remplir certaines fonctions, comme celles de substitut du procureur impérial, etc., et que cet âge, n'étant celui ni de l'ancienne ni de la nouvelle majorité civile, ne pouvait représenter alors que la majorité politique.

Le second système reconnaissait, avec le premier, que les articles 2 et suivants de la Constitution de l'an VIII étaient encore en vigueur sur plusieurs points. Ainsi c'était toujours en vertu de cette loi, par exemple, que les

domestiques à gages au service de la personne et du ménage (Rennes, 23 juin 1827, A. C. M. Sirey 1827, II, 158; Toulouse, 9 juin 1843, Prévost, Dev., 1844, II, 164), les faillis, etc., étaient suspendus de l'exercice des droits politiques. Mais, par application même du principe que cette loi n'était encore en vigueur que parce qu'aucune autre loi postérieure n'y avait pas implicitement dérogé, la seconde opinion enseignait que la majorité politique avait lieu, de plein droit, à vingt et un ans, comme la majorité civile, et que les Français, à cet âge, étaient citoyens, habiles, en conséquence, à l'exercice des droits politiques, à moins que des lois spéciales n'eussent exigé d'autres conditions d'âge, de cens ou de domicile (*voy.* la loi du 19 avril 1831). — Cette opinion nous avait paru aussi préférable ; et nous ne regardions comme maintenue, dans l'article 2 de la loi du 22 frimaire an VIII, que la détermination de l'âge de vingt et un ans ; quant aux conditions d'inscription sur un registre civique et de résidence pendant une année dans un arrondissement communal, elles nous avaient paru tacitement abrogées : 1° parce que cette condition de la résidence annale, qui s'expliquait sous un régime où le droit d'élection était donné à chacun sans autre garantie, ne s'accordait plus avec les lois postérieures, qui avaient soumis les droits électoraux à des garanties nouvelles et différentes; 2° parce que, en effet, aucune de ces lois ne mettait au nombre des garanties exigées par elles, celle qui résultait de l'article 2 de la loi du 22 frimaire an VIII ; 3° enfin, parce que la loi du 21 mars 1831, sur l'organisation communale, avait conféré positivement le droit électoral aux *citoyens* les plus imposés sur les rôles des contributions directes, *âgés de vingt et un ans accomplis ;* nous avions pensé, avec M. Foucart (t. I, p. 182), que cette dérogation à l'article 2 de la loi de l'an VIII était générale et absolue.

Toutes ces questions ont disparu depuis la promulga-

tion de la Constitution du 14 janvier 1852 et du décret organique du 2 février suivant, qui forment aujourd'hui la *loi constitutionnelle*, d'après laquelle sont réglées les conditions d'aptitude à l'exercice des droits politiques.

C'est ainsi que, aux termes de l'article 12 du décret, sont électeurs, sans condition de cens, tous les Français âgés de vingt et un ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques; et qu'aux termes de l'article 25 sont éligibles, sans condition de domicile, tous les électeurs âgés de vingt-cinq ans. Les articles 15 et 16 déterminent les différents cas de déchéance ou d'indignité (*voy.*, en ce qui concerne le Sénat, l'article 20 de la Constitution du 14 janvier et *infra*, n° 160 *quater;* ajout. les art. 7 et 8 de la loi du 5 mai 1855, sur l'organisation municipale).

De ces différents textes on peut conclure que la qualité de citoyen, c'est-à-dire l'aptitude à l'exercice des droits politiques, est acquise aujourd'hui, de plein droit, à l'âge de vingt et un ans accomplis, sous la réserve, bien entendu, des autres conditions qui peuvent être exigées pour l'exercice de certains droits; et c'est ainsi que l'âge de vingt-cinq ans est exigé comme condition d'éligibilité au Corps législatif (art. 26 du décret du 2 fév. 1852; ajout. art. 8 de la loi du 5 mai 1855; comp. Valette, *Explic. somm.* du liv. I, p. 32; Gabriel Demante, *Définition légale de la qualité de citoyen,* 1869, *Revue critique,* t. XXIV, p. 164 et suiv.).

144. — Mais rentrons dans notre sujet.

Nous recherchions quelles personnes jouissent des droits civils; or, l'article 8 nous a dit que c'était les *Français;* donc, la question maintenant doit être posée en ces termes : *Quelles personnes sont Françaises?*

Et tel est, en effet, l'un des objets essentiels de notre titre, de composer, avant tout, la grande famille française par la distinction des nationaux et des étrangers.

145. — La qualité de Français s'acquiert:

1° Par droit de naissance ;

2° Par l'effet de la *naturalisation*, en prenant ce mot dans un sens étendu, pour désigner tout événement par lequel un individu étranger devient Français.

SECTION I.

DES FRANÇAIS PAR DROIT DE NAISSANCE.

SOMMAIRE.

146. — L'enfant né d'un Français est seul Français, par droit de naissance.
147. — Que décider si la mère de l'enfant est Française et son père étranger, ou *vice versa?*
148. — L'enfant né d'un légitime mariage, suit la condition de son père.
149. — *Quid*, s'il s'agit d'un enfant naturel reconnu?
150. — Qu'arriverait-il, si la loi française et la loi étrangère se trouvaient en conflit à l'égard de la nationalité de l'enfant?
151. — Quel moment doit-on considérer pour déterminer la nationalité de l'enfant : le moment de la conception ou celui de la naissance?
152. — L'enfant né en France, de parents qui n'ont plus de patrie, est-il Français?
153. — *Quid*, de l'enfant né de l'étranger admis par l'Empereur à établir son domicile en France?
154. — *Quid*, de l'enfant né, en France, de père et mère inconnus?

146. — D'après notre ancien droit, étaient Français de naissance :

1° L'enfant né en France, même de parents étrangers, *jure soli* (comp. Cass., 5 mai 1862, préfet du Nord, Dev., 1862, I, 657);

2° L'enfant né de parents français, même en pays étranger, *jure sanguinis*. (Comp. Pothier, *Des personnes*, tit. II, sect. I; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. I, tit. VII, sect. II, n° 27; Cass., 17 juillet 1843, le Préfet des Ardennes, Dev., 1843, I, 745.)

Il n'en est plus de même sous le Code Napoléon, qui déclare seul Français, par droit de naissance, *l'enfant né d'un Français*. (Comp. art. 9 et 10.)

C'est donc aujourd'hui l'origine, c'est le sang, et non

point le territoire natal, qui fait seul, de plein droit, le Français de naissance.

Toutefois, les rédacteurs de notre Code ne paraissent pas s'être entièrement affranchis de la vieille règle française, ou plutôt même de la règle européenne, d'après laquelle la nationalité avait toujours été, dans les temps antérieurs, déterminée par le lieu de la naissance.

Il est même notable qu'ils avaient eu d'abord la pensée de la consacrer; et la rédaction de l'article du projet correspondant à notre article 9, telle qu'elle avait été primitivement arrêtée au conseil d'État, était ainsi conçue :

« Tout individu né en France est Français. » (Locré, *Législ. civ.*, t. II, p. 58.)

Cette rédaction n'a pas été maintenue; et, malheureusement, la discussion par suite de laquelle elle a été modifiée, a été assez confuse et assez équivoque, pour qu'il soit difficile d'apercevoir nettement quelle a été la véritable intention des nouveaux législateurs.

Ce qui paraîtrait bien en résulter pourtant, c'est qu'il se serait opéré une sorte de transaction entre le système romain de la nationalité *jure sanguinis* et le système français de la nationalité *jure soli*, et que l'article 9 en serait le produit. (*Voy. infra*, n° 163.)

Cela explique, dit fort bien M. Valette, comment cet article, aujourd'hui transformé, se trouve là, dans le Code, en tête de tous ceux où l'on détermine à qui appartient la qualité de Français.

C'est aussi cette influence traditionnelle de l'ancienne règle qui peut seule fournir l'explication de la rédaction singulière de l'article 10, qui, pour déterminer la nationalité de *l'enfant né d'un Français*, c'est-à-dire la nationalité *jure sanguinis*, prend soin, et par deux fois, d'ajouter ces expressions : « né d'un Français *en pays étranger;* » expressions très-inutiles assurément, puisque l'enfant né d'un Français *en France*, serait *a fortiori* Français, et qui sembleraient impliquer que l'enfant *né*

en France serait, par cela seul, Français, c'est-à-dire qui sembleraient impliquer fort inexactement l'existence encore de l'ancienne règle de la nationalité *jure soli!* (Comp. Valette, *Explicat. somm. du liv.* I, p. 13.)

Quoi qu'il en soit, nous pouvons poser ici, comme règle certaine, que la nationalité d'origine, celle qui est acquise à l'enfant dès sa naissance, de plein droit et sans condition aucune, que cette nationalité n'appartient, d'après notre Code, qu'à celui-là seul qui est *né d'un Français*. (Art. 9 et 10; *voy.* toutefois *infra*, n° 166 *bis;* comp. sur *l'effet de la naissance en France*, un article de M. Beudant, *Revue crit. de législ.*, 1856, t. IX, p. 57 et suiv.; ajout. aussi un article de M. Victor Hennequin, *Revue de législ.*, de M. Wolowski, 1856, p. 78; de Folleville, *des Français par droit de naissance*, Revue pratique, 1879, p. 401 et suiv.)

147. — .... *né d'un Français*, dit l'article 10.

Il n'y aura pas de difficulté, si le père et la mère sont tous les deux Français ou tous les deux étrangers.

Mais que décider, si l'un est Français et l'autre étranger?

A cet égard, il faut distinguer deux hypothèses :

1° L'enfant est né en légitime mariage;

2° Il est né hors mariage; et il a été reconnu ou par sa mère seulement, ou par son père seulement, ou tout à la fois par son père et par sa mère. (Comp. Coin-Delile, *Revue critique de Législation*, 1864, t. XXV, p. 97 et suiv.)

148. — L'enfant né d'un légitime mariage suit l'origine et la condition de son père.

Le père est, en effet, le chef de la famille; c'est lui qui exerce la puissance paternelle (art. 148, 373); c'est lui qui transmet à l'enfant son nom pour le perpétuer; il doit dès lors aussi lui transmettre sa nationalité.

Cet enfant sera donc Français comme lui, la mère fût-elle étrangère; étranger comme lui, la mère fût-elle Française.

C'est là un principe ancien et constamment suivi : *Cum*

legitimæ nuptiæ factæ sunt, patrem liberi sequuntur; vulgo quæsitus matrem sequitur. (L. 19, ff. *De stat. hom.;* Pothier, *Des personnes*, tit. II, sect. II.)

149. — Mais aussi, d'après les anciens principes, l'enfant, né hors mariage, suivait la condition de sa mère.... *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* (Loi 24, ff. *De stat. hom.;* Pothier, *loc. cit.*)

Que décider aujourd'hui?

Si l'enfant n'a été reconnu que par sa mère, point de difficulté; il sera Français avec elle; avec elle, étranger. Le mot *étranger* de l'article 9 comprend aussi la *femme* étrangère, comme le mot *Français* de l'article 10 comprend la *femme* française.... *pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.* (L. 195, ff. *De verb. signif.;* comp. Coin-Delisle, *Revue critique de législation*, t. XXVI, p. 307).

Si l'enfant n'a été reconnu que par son père, je pense qu'il suivra aussi sa condition; l'enfant né en France ou en pays étranger et reconnu par un Français, sera donc Français; car il est *né d'un Français* (art. 10). Pareillement, l'enfant né même en France et reconnu par un étranger, sera étranger; car il est *né d'un étranger* (art. 9). La reconnaissance a constaté sa filiation et son origine; elle doit donc produire ses effets sous ce rapport comme sous tous les autres; elle doit attribuer à l'enfant la nationalité de son père, comme elle lui attribue son nom, comme elle le soumet à sa puissance paternelle (art. 383), comme elle crée, entre eux, des droits de successibilité réciproque. (Art. 757, 765; comp. Alauzet, *de la qualité de Français et de la naturalisation*, p. 2.)

Mais l'enfant a été à la fois reconnu par son père et par sa mère?

Par son père Français et par sa mère étrangère?

Par son père étranger et par sa mère Française?

Cette hypothèse est assurément plus délicate; aussi, a-t-elle fait naître plusieurs systèmes :

Les uns déterminent toujours la nationalité de l'enfant par celle de la mère; c'est l'avis de Duranton (t. I, p. 80 et suiv.), surtout, dit-il, lorsque le père est étranger et la mère Française.

Les autres accordent à cet enfant le choix entre la nationalité de son père et celle de sa mère, suivant son intérêt. (Richelot, t. I, p. 111.)

Il en est enfin qui pensent que, même alors, l'enfant doit, en règle générale, suivre la nationalité de son père; et telle est aussi l'opinion que je propose.

D'abord, les articles 9 et 10 ne me paraissent véritablement rien décider ni pour ni contre; nous venons de dire que ces mots : *étranger* et *Français*, sont des expressions génériques qui comprennent indistinctement l'homme et la femme, le père et la mère; c'est donc aux principes et à la doctrine qu'il appartient ici de prononcer entre les deux nationalités différentes.

Cela posé, pourquoi, en droit romain, l'enfant né du *concubinatus* ne suivait-il pas la condition de son père, quoique celui-ci fût connu? c'est parce que cette espèce de mariage naturel ne produisait entre le père et l'enfant aucun lien, aucun rapport de puissance paternelle (*voy.* Cod. *De naturalibus liberis*). Bien différente est la reconnaissance aujourd'hui! Nous venons d'exposer ses effets et de voir par quels rapports légaux elle attache le père à l'enfant. Ajoutons que, dans le concours des deux reconnaissances, c'est le nom du père que l'enfant reçoit (*voy.* toutefois Cass., 22 juin 1819, Ruffi, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 81). C'est la volonté du père qui l'emporte, en cas de dissentiment, sur celle de la mère, quand il s'agit du mariage de l'enfant (art. 148, 158). Il semble donc rationnel que la nationalité du père l'emporte également.

Mais, dit-on, peut-il dépendre d'un étranger d'enlever à l'enfant d'une femme française sa qualité de Fran-

ça s? Quel moyen sérieux cet enfant pourrait-il avoir de contester la reconnaissance? D'un autre côté, qu'arrivera-t-il, si un Français ayant reconnu l'enfant d'une femme étrangère, les lois du pays de cette femme attribuent néanmoins à cet enfant la nationalité de sa mère? L'enfant ne saurait avoir deux patries! (Duranton, t. I, p. 83.)

Ces objections ne me semblent pas fondées.

Il faut bien que l'on convienne, en effet, qu'un étranger peut reconnaître un enfant reconnu par une femme française, et que la reconnaissance produit alors ses effets ordinaires. Or, pourquoi nier qu'elle imprime à l'enfant la nationalité du père, lorsqu'on est forcé d'avouer qu'elle lui donne son nom, qu'elle le soumet à sa puissance paternelle, qu'elle attribue au père des droits à la succession de l'enfant? Ces effets-là, qu'il faut bien admettre, sont-ils donc moins considérables?

Et puis, il importe de poser les faits tels qu'ils arrivent le plus communément dans le monde; or, ce qui arrive, c'est que la reconnaissance se produit, soit au moment de la naissance, soit peu de temps après; c'est que, si elle n'a lieu que plus tard, les soins, les rapports de paternité ont existé en fait avant d'être constatés en droit; et dans ces circonstances, le résultat de la reconnaissance faite par le père sera équitable et probablement non contesté.

Que si vous supposez un enfant reconnu d'abord seulement par une femme française, puis ensuite, et longtemps après, et soudainement reconnu par un étranger qui, pour la première fois, se révèle et se déclare son père.... eh bien! je dirai que cette hypothèse extraordinaire ne saurait détruire le principe. Je pourrais, en effet, à mon tour, supposer un enfant reconnu seulement d'abord par un Français, puis ensuite, et longtemps après, et tout d'un coup reconnu par une étrangère; et le système contraire serait bien aussi forcé de décider, d'après son principe même, que l'enfant alors perdrait

rétroactivement la nationalité française en possession de laquelle il se trouvait. La vérité est que, dans ces sortes d'occasions, possibles sans doute, mais exceptionnelles, la reconnaissance pourra être contestée (art. 339), et le sera le plus souvent avec succès.

Mais cette contestation est impossible! Comment voulez-vous que l'enfant prouve que cet individu, qui le reconnaît, n'est pas son père!

Cette objection va beaucoup trop loin; car elle s'attaque à la loi elle-même, à l'article 339; elle s'adresse à la reconnaissance tout entière et dans tous les cas.

De deux choses l'une :

Ou la reconnaissance sera annulée; et alors, elle ne produira pas plus la nationalité que les autres effets;

Ou elle sera maintenue; et alors il faudra bien qu'elle produise tous ses effets légaux sans division, sans distinction (comp. Alauzet, p. 3 et 4; Cass., 22 déc. 1874, Zamitt, Dev., 1875-I-423.)

150. — Quant à l'objection qui consiste à dire que l'enfant ne peut pas avoir deux patries, elle ne nous paraît rien résoudre; car il est facile de voir qu'elle peut aussi se produire dans tous les cas.

Que dira, en effet, le système qui attribue à l'enfant la nationalité de sa mère Française, que dira-t-il, si la loi personnelle du père étranger attribue sa nationalité à l'enfant par lui reconnu?

Eh! mon Dieu! ce n'est pas le seul cas où les lois de deux pays différents pourront ainsi revendiquer le même individu; l'enfant né d'un Français, à Londres, est Français, d'après la loi française (art. 10); mais il est aussi Anglais, d'après la coutume anglaise, suivant laquelle il suffit d'être né en Angleterre pour être Anglais.

Cette situation n'est certes pas exempte d'embarras et de difficultés; mais elle est inévitable.

Dirons nous alors que l'enfant aura le choix? je le pense ainsi; mais pourtant il n'en faudrait pas conclure

que la nationalité sera incertaine et en suspens, tant qu'il ne se sera point prononcé; je crois que nous devrons le considérer comme Français, lorsqu'il sera, en effet, déclaré tel par la loi française. Seulement, s'il accepte de préférence la nationalité étrangère, s'il se considère lui-même comme *né étranger*, nous devrons aussi le considérer comme tel. M. Dalloz objecte que la *qualité de Français une fois imprimée par la naissance ne se perd que par l'un des moyens énoncés dans les art.* 17 *et* 18 *du Code Napoléon* (*Rép.*, v° *Droits civ. et polit.*, sect. II, art. 1er). J'en conviens; mais je réponds que c'est par l'application même de l'article 17, n° 1, que l'enfant sera réputé étranger, puisqu'au même moment où la loi française le déclarait *Français*, la loi étrangère le déclarait *étranger*, et qu'il a ensuite accepté lui-même cette dernière qualité.

La jurisprudence paraît devoir consacrer les principes, que nous venons de poser sur les effets de la reconnaissance d'un enfant naturel, en ce qui concerne sa nationalité. (Douai, 19 mai 1835, le Préfet du Nord, Dev., 1838, II, 97, Cass., 15 juillet 1840, Corréa de Serra, Dev., 1840, I, 900; Caen, 18 novembre 1852, Georges Barritt, *J. du P.*, 1852, II, 525; Metz, 8 août 1855, Roinet, Dev., 1857, II, 35; comp. Valette, *Explicat. som. du liv. des pers.*, p. 10; Marcadé, *Revue crit. de jurispr.*, 1852, p. 193 et suiv.)

Il faut dire d'ailleurs de la reconnaissance judiciaire ou forcée (art. 340, 341) tout ce que nous avons dit de la reconnaissance volontaire.

151. — Mais, dans ces différents cas, quel moment devra-t-on considérer pour déterminer la nationalité de l'enfant? le moment de la conception, ou celui de la naissance, si, dans l'intervalle de l'un à l'autre, le père ou la mère a changé de nationalité?

1° Une première opinion enseigne qu'on ne doit jamais s'attacher qu'au moment même de la naissance :

Les textes le supposent ainsi : .... Article 9 : *Tout en-*

fant NÉ *d'un étranger....* Article 10 : *tout enfant* NÉ *d'un Français....*; et cela est conforme à la vérité, à la nature même. L'enfant, dans le sein de sa mère, n'est point encore une *personne ;* il ne compte pas dans la société humaine ; il n'est et ne peut être membre d'aucune nation. Si quelquefois on considère comme déjà né l'enfant simplement conçu, c'est là une fiction, qui ne peut être admise que dans les cas déterminés par la loi. Cette doctrine a le grand avantage de ne pas créer deux patries sous le même toit, de ne pas élever une différence, une séparation de nationalité entre les père et mère et l'enfant. Un arrêt de la Cour de Cassation semblerait la favoriser. (Cass., 15 juill. 1840, Corréa de Serra, Dev., 1840, I, 900.)

2° Une seconde opinion distingue entre le cas où l'enfant suit la condition de son père, et le cas où il suit la condition de sa mère. Dans le premier, elle détermine la nationalité de l'enfant par celle du père au moment de la conception ; dans le second, par celle de la mère, au moment de la naissance.

Les articles 9 et 10 ne décident pas notre question.

Les mots, qu'ils emploient (NÉ *d'un étranger....* NÉ *d'un Français*), ont particulièrement pour but de déterminer les conséquences de cette filiation et de cette origine différentes, mais non de préciser le moment où la filiation devra être appréciée et caractérisée ; c'est-à-dire que le mot *né*, dans ces articles, est employé comme synonyme du mot *issu*.

Il faut donc s'en référer à la distinction consacrée, sur ce point, par les anciens principes du droit : *In his qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur ; in his autem qui non legitime concipiuntur, editionis* (Ulp. *Reg.*; titre v, § 10).

Et on a remarqué que cette différence était aussi fondée sur la nature même (M. Ortolan, *Inst., expl.*, t. I, p. 30). En effet, l'enfant, quand il reçoit la condition de

son père, ne peut la recevoir qu'au moment même de la conception. Une fois conçu, il est indépendant de son père, qui peut mourir, sans que l'état de l'enfant en soit affecté; et, par exemple, il est évident que l'enfant *conçu* pendant le mariage, naîtra légitime, quoique, au moment de sa naissance, sa mère, devenue veuve, ne soit plus mariée (art. 312, 315). Au contraire, quand l'enfant reçoit la condition de sa mère, il ne doit la recevoir qu'au moment de la naissance, parce que, jusqu'à cette époque, il n'est qu'une partie d'elle-même, souffrant quand elle souffre, mourant, le plus souvent, quand elle meurt. Ce n'est donc qu'au moment de la naissance qu'il se sépare d'elle, et acquiert une existence personnelle et indépendante.

De ces principes résultent les conséquences suivantes :

1° Si l'enfant était déjà conçu au moment où ses père et mère, Français et légitimement mariés, se sont fait naturaliser en pays étranger, l'enfant naîtra Français (Pothier, *Des personnes*, tit. I, art. 4; L. 7, § 1, ff. *De senatoribus;* D., *Rec. alph.*, t. VI, p. 841).

En faveur de cette solution, ajoutez, d'une part, que les articles 725 et 906 déclarent les enfants conçus capables de succéder et de recevoir à titre gratuit; et d'autre part, que, à l'époque de la promulgation du Code Napoléon, les étrangers n'avaient pas la capacité de succéder et de recevoir en France (art. 726 et 912). L'enfant conçu pendant que son père était encore Français, aurait donc été, dès ce moment, capable de recueillir; et il aurait effectivement recueilli une succession ouverte à son profit; or, on ne voit pas comment la naturalisation postérieure de son père, avant sa naissance, aurait pu lui ravir ce droit, que la loi française lui avait attribué à lui-même directement, personnellement.

2° L'enfant naturel, reconnu par son père, aura la nationalité qu'avait celui-ci au moment de la conception, et

non pas au moment de l'accouchement, et encore moins au moment de la reconnaissance.

Si donc le père naturel, qui aurait reconnu l'enfant pendant qu'il était encore dans le sein de sa mère (ce qui n'est pas impossible, comme nous le verrons), si ce père venait à mourir avant l'accouchement, l'enfant n'en suivrait pas moins sa nationalité. (Comp. notre *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 414).

Il faut avouer que le moment de la conception pourrait être difficile à constater; mais c'est là une objection commune à tous les cas, assez fréquents, où il est pourtant nécessaire de le connaître. Les magistrats apprécieront les faits, et pourront appliquer, par analogie, la disposition de l'article 312.

Cette dernière opinion me paraît fondée sur les véritables principes; toutefois, je ne l'adopterais qu'en la combinant avec la règle : *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur* (L. 7, ff, *De stat. hom.*; art. 725, 906, 961), règle qui me paraît devoir, dans certains cas, en modifier les conséquences.

Ainsi, un homme et une femme étrangers, légitimement mariés, se sont fait naturaliser en France, au moment où la femme était déjà enceinte ; la conséquence logique du second système serait que l'enfant naîtra étranger.

Eh bien ! je pense qu'il naîtra Français : d'abord, parce que les articles 725 et 906, combinés avec les articles 726 et 912, qui me déterminent à croire que l'enfant conçu d'un père Français, naît Français, lors même que son père est devenu étranger au moment de sa naissance, parce que, dis-je, ces articles ne nous font point ici obstacle; et, ensuite, parce que c'est en sa faveur seulement que l'enfant qui n'est que conçu, est, par fiction, considéré comme déjà né (art. 961).

De même supposez qu'une femme française non mariée est enceinte et qu'elle est devenue étrangère, à l'époque de l'accouchement; le second système devrait déclarer

l'enfant étranger; mais les motifs déjà indiqués me portent à l'opinion contraire: d'une part, l'enfant conçu est réputé né, lorsqu'il s'agit de son intérêt; or nous devons considérer qu'il est de son intérêt d'être Français; d'autre part les articles 725 et 906 lui étaient applicables; si une donation lui avait été faite, à lui simplement conçu, à l'époque où sa mère était Française, il aurait été capable de la recevoir; comment serait-il possible que la naturalisation postérieure de sa mère lui enlevât une capacité que la loi lui avait conférée à lui-même directement, et un droit qui lui était acquis ? (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 205; Demante, t. I, nos 18 *bis*, 11 et 111; Acollas, p. 25.)

152. — Proudhon pense que l'enfant *né en France* de parents *qui n'ont plus de patrie*, est Français; tel est aussi l'avis de M. Valette (t. I, p. 200) et de Demante (t. I, n° 18 *bis*, IV).

L'opinion contraire me paraîtrait plus conforme au texte et aux principes:

L'article 10 ne déclare Français que l'enfant *né d'un Français;* or, nous supposons que les parents ne sont pas *Français*.

Mais, dit-on, ils n'appartiennent à aucune patrie; ils ont perdu leur nationalité, par exemple, en s'établissant en France, sans esprit de retour dans leur pays.

Je réponds qu'il ne suffit pas, pour devenir Français, ou, en d'autres termes, pour cesser d'être étranger en France, d'avoir perdu la nationalité étrangère; il faut de plus avoir acquis la nationalité française, laquelle ne s'acquiert que par l'accomplissement des conditions que la loi détermine à cet effet. Donc, les parents sont toujours, pour nous, des étrangers; et leur enfant, né en France, ne peut dès lors invoquer que le bénéfice de l'article 9 et de la loi du 7 février 1851 (*infra*, n° 165, 6°).

Telle est la conséquence, logique et équitable, suivant moi, de la situation de ces familles étrangères, qui vien-

nent en si grand nombre aujourd'hui s'établir parmi nous à perpétuelle demeure, mais sans remplir les conditions requises pour la naturalisation (*infra*, nos 172 et 165 *bis*).

153. — Je considère aussi comme étranger l'enfant né de l'étranger admis par l'Empereur à établir son domicile en France, aux termes de l'article 13.

Nous verrons que cette autorisation ne confère que la jouissance des droits civils, sans changer l'état et la nationalité de l'étranger, qui demeure toujours soumis à sa loi personnelle. (Comp. Duranton, t. I, p. 121, Paris, 13 juin 1814, Styles Sirey, 1815, II, 67.)

Il me paraît même difficile d'admettre une distinction entre le cas où l'étranger autorisé par l'Empereur à établir son domicile en France, n'a pas l'intention d'abdiquer sa patrie, et celui où il a, au contraire, perdu l'esprit de retour, et n'a demandé l'autorisation impériale qu'afin de se faire ensuite naturaliser Français. Je ne nie pas ce qu'il pourrait y avoir de plausible dans cette distinction proposée par M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 175); mais en droit, comment l'établir ? L'étranger ne demeure-t-il pas toujours tel, dans tous les cas, tant qu'il n'a pas été naturalisé ? Ne peut-il pas se faire d'ailleurs qu'il change de projet et qu'il abandonne la France, ou même que l'autorisation lui soit retirée ? Rien n'est donc fait encore, tant qu'il n'est pas effectivement devenu Français par la naturalisation.

154. — Quant à l'individu, né en France, de père et mère inconnus, quant à l'*enfant trouvé,* je pense qu'il est Français.

M. Richelot enseigne qu'il est étranger et qu'il ne peut invoquer que l'article 9, *parce que des étrangers peuvent lui avoir donné le jour* (t. I, p. 112).

Mais il me semble 1° que, dans le doute, en pareil cas, la présomption est pour la nationalité française; en France, c'est le principe, c'est la règle générale; l'extranéité est l'exception; 2° que cet individu a dès lors la

possession d'état, c'est-à-dire le plus puissant de tous les titres, surtout en matière de nationalité. Comment pourrions-nous, le plus souvent, tous tant que nous sommes, prouver notre qualité de Français autrement que par la possession même !

Aussi un décret du 4 juillet 1793 avait-il déclaré que les enfants trouvés porteraient le titre d'*enfants naturels de la patrie !* (*Voy.* aussi le décret du 19 janvier 1811 ; comp. Poitiers, 26 juin 1829, Sirey, 1830, II, 99 ; Taulier, t. I, p. 101 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 53 ; Fœlix, *Revue étrangère*, 1840, VII, p. 201.)

SECTION II.

DES FRANÇAIS PAR L'EFFET DE LA NATURALISATION.

SOMMAIRE.

155. — Division. — Des modes et des effets de la naturalisation.

156. — N° 1. La naturalisation, en prenant ce mot dans une acception étendue, résulte 1° de la réunion à la France d'un territoire étranger ; 2° de l'accomplissement des conditions requises par les actes législatifs, soit antérieurs, soit postérieurs au Code Napoléon ; 3° de certains modes particuliers régis par le Code Napoléon.

§ I.

De la réunion à la France d'un territoire étranger.

157. — Cette réunion est l'effet soit de la conquête, soit d'une cession de puissance à puissance. — Elle produit la naturalisation collective des habitants du territoire réuni.

§ II.

De l'accomplissement des conditions requises par les actes législatifs, soit antérieurs, soit postérieurs au Code Napoléon.

158. — Le mode général de naturalisation était, dans le droit antérieur, déterminé par l'article 3 de la loi du 22 frimaire an VIII.

159. — Deux exceptions avaient été apportées à cet article 3 par les sénatus-consultes des 26 vendémiaire an XI et 19 février 1808, et par l'ordonnance du 4 juin 1814.

160. — La loi du 14 octobre 1814 dispensait aussi d'une partie des conditions exigées par la loi de l'an VIII, les habitants des départements réunis à la France en 1791.

160 *bis.* — Loi du 3 décembre 1849 sur la naturalisation des étrangers en France.
160 *ter.* — Cette loi ne fait que régulariser, sans modifications notables, la législation antérieure.
160 *quater.* — Doit-on distinguer encore aujourd'hui la *naturalisation simple et la grande naturalisation?*
160 *quinto.* — Abrogation de la loi du 14 octobre 1814.
160 *sexto.* — Loi nouvelle du 29 juin 1867.

§ III.

De certains modes particuliers de naturalisation régis par le Code Napoléon.

161. — Le Code Napoléon établit cinq modes particuliers de naturalisation : les uns, par lesquels on *acquiert;* les autres, par lesquels on *recouvre* la qualité de Français.
162. — L'enfant né en France d'un étranger, peut, dans l'année qui suit sa majorité, réclamer la qualité de Français.
163. — Cet enfant est-il Français par droit de naissance, sous la condition qu'il réclamera cette qualité dans l'année de sa majorité?
163 *bis.* — Une loi du 22 mars 1849 est venue apporter une modification importante à l'article 9 du Code Napoléon. — Exposition et explication de cette loi.
163 *ter.* — Suite.
164. — L'enfant, né en pays étranger, ne pourrait pas invoquer l'article 9, lors même qu'il prétendrait avoir été conçu en France.
165. — A quelle majorité l'article 9 se réfère-t-il?
165 *bis.* — Une loi du 7 février 1851, qui se rattache désormais à l'article 9, a pour but de régler le sort des individus nés, en France, d'étrangers qui eux mêmes y sont nés, et des enfants des étrangers naturalisés. — A. — L'individu né en France d'un étranger, qui lui-même y est né, est Français sous une condition résolutoire. — Explication.
165 *ter.* — Tandis que, d'après l'article 9, l'individu né en France, est Français seulement sous une condition suspensive, d'après la loi du 7 février 1851, l'individu né en France d'un étranger, qui lui-même y est né, est Français sous une condition résolutoire. — Appréciation de de cette double situation, au point de vue des conséquences qui en résultent.
165 *quater.* — L'article 1 de la loi du 7 février 1851 est applicable à tous ceux qui, au moment de sa promulgation, se trouvaient dans la situation qu'elle a pour but de régler.
165 *quinto.* — Cette loi n'exige, en ce cas, aucune condition de résidence. Observation.
165 *sexto.* — B. — L'article 2 de la loi du 7 février 1851 déclare que l'article 9 est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé. — Suivant quelles distinctions?
165 *septimo.* — Suite. — L'acquisition de la qualité de Français a-t-elle, dans ce cas, un effet rétroactif?
166. — L'enfant né, en pays étranger, d'un Français, qui a perdu sa

qualité de Français, peut toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. — *Quid*, si cet enfant était né en France?

167. — *Quid*, de l'enfant né d'une femme française mariée à un étranger?

168. — L'étrangère, qui aura épousé un Français, suivra la condition de son mari. — Renvoi.

168 *bis*. — Suite. — L'étrangère, devenue Française par son mariage avec un Français, perd-elle cette qualité et redevient-elle étrangère par le décès de son mari?

169. — Le Français qui a perdu sa qualité de Français, peut toujours la recouvrer. — Sous quelles conditions?

170. — La femme française, devenue étrangère par son mariage avec un étranger, peut, lorsqu'elle est veuve, recouvrer sa qualité. — Sous quelles conditions? — *Quid*, en cas de divorce?

171. — L'autorisation de l'Empereur est-elle nécessaire pour acquérir ou recouvrer la qualité de Français, dans les divers cas régis par le Code Napoléon?

172. — La qualité de Français peut-elle s'acquérir uniquement par une résidence prolongée en France? — Quel est l'état des familles étrangères établies depuis longtemps en France, mais qui n'ont pas rempli les conditions légales de la naturalisation?

173. — N. 2. — La naturalisation n'a d'effet que pour l'avenir. — Faut-il faire une différence entre les lettres de naturalisation et les lettres de naturalité?

174. — L'étranger naturalisé devient-il citoyen, habile à l'exercice des droits politiques?

174 *bis*. — Il est désormais soumis aux lois françaises, qui ont le caractère d'un statut personnel.

175. — Les effets de la naturalisation sont-ils personnels à l'étranger lui-même qui l'a obtenue? — La naturalisation du mari et du père change-t-elle la nationalité de la femme et des enfants mineurs?

155. — Nous devons rechercher sur ce point :

1° Comment s'opère la naturalisation ;

2° Quels sont ses effets ;

156. — N° 1. La *naturalisation*, en prenant ce mot dans une acception étendue, résulte :

1° De la réunion à la France d'un territoire étranger ;

2° De l'accomplissement des conditions requises par les actes législatifs, soit antérieurs, soit postérieurs au Code Napoléon ;

3° De certains modes particuliers spécialement régis par le Code Napoléon lui-même.

§ I.

De l'acquisition de la qualité de Français par la réunion à la France d'un territoire étranger.

157. — Cette réunion peut résulter soit de la conquête consommée, mais non pas d'une simple invasion toujours plus ou moins précaire et accidentelle, soit d'une cession volontaire de territoire par un traité de puissance à puissance.

Le Code Napoléon ne renferme, à cet égard, aucune disposition, parce que cette matière appartient essentiellement au droit public, au droit politique.

Des lois spéciales, ou des conventions diplomatiques déterminent ordinairement la condition des habitants des provinces réunies, *conquises ou cédées*. Tout ce qu'on peut dire, c'est que régulièrement, logiquement, cette naturalisation collective, réelle autant que personnelle, qui résulte de l'accession d'un territoire étranger désormais soumis à la souveraineté française, comprend tous ceux qui s'y trouvent établis et attachés par le domicile, mais ne comprend que ceux-là. (Pothier, *Des personnes*, tit. II, sect. II; — *infra*, n° 178; comp. le traité du 24 mars 1860, entre la France et la Sardaigne; et le sénatus-consulte du 12 juin 1860, qui proclame partie intégrante de l'Empire français la Savoie et l'arrondissement de Nice; Alauzet, *Appendice*, n°s 127 et suiv.)

§ II.

De l'accomplissement des conditions requises par les actes législatifs, soit antérieurs, soit postérieurs au Code Napoléon; ou de l'acquisition de la qualité de Français *par la naturalisation proprement dite.*

158. — Ce qui concerne la naturalisation est aujourd'hui réglé, en France par la loi du 3 décembre 1849.

Cette loi était, sous un double rapport, opportune et nécessaire :

Soit parce qu'un décret du gouvernement provisoire de 1848, en date du 28 mars, en facilitant, outre mesure, la naturalisation, avait déjà, malgré son caractère temporaire et transitoire, donné lieu à beaucoup d'abus;

Soit parce que la législation antérieure sur ce sujet se composait de dispositions d'origines et de dates diverses, éparses çà et là dans nos lois.

Comme ces dispositions toutefois étaient, en général, empreintes d'un grand esprit de prudence et d'équité, il s'agissait beaucoup moins de les modifier que de les coordonner dans une loi d'ensemble; et telle a été, en effet, surtout l'œuvre de la loi du 3 décembre 1849, qui a, presque de tous points, consacré les dispositions des lois antérieures.

Nous croyons donc qu'il sera utile d'exposer d'abord, en quelque sorte, historiquement ces dispositions; car nous aurons ainsi, par avance, fourni la meilleure et la plus exacte explication de la loi nouvelle, dont il nous suffira presque, ensuite, de citer le texte.

Le mode général de naturalisation avait été, dans le dernier état de notre Droit, déterminé par la loi du 22 frimaire an VIII, dont l'article 3 était ainsi conçu :

« Un étranger devient citoyen français, lorsqu'après « avoir atteint l'âge de vingt et un ans accomplis et avoir « déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé « pendant dix années consécutives. »

L'article 13 du Code Napoléon a eu principalement pour but de faciliter à l'étranger cette espèce de stage politique, par la concession des droits civils, en France, pendant sa durée.

Il faut ajouter :

1° Que l'autorisation de résider en France devait être accordée par l'Empereur, pour que le délai de dix ans commençât à courir (avis du Conseil d'État du 18 prairial an XI);

2° Qu'après les dix années de résidence, la naturalisa-

tion n'avait lieu qu'autant qu'elle était conférée par l'Empereur (décret du 17 mars 1809).

159. — Cette nécessité d'une résidence de dix ans pouvait paraître trop dure et même impolitique, dans certains cas dignes de faveur.

En conséquence, deux exceptions y avaient été faites :

La première résultait des sénatus-consultes des 26 vendémiaire an XI et 19 février 1808, qui conféraient au gouvernement le pouvoir d'admettre *à jouir des droits de citoyen français, après un an de domicile, les étrangers qui rendront ou qui auraient rendu des services importants à l'État, ou qui apporteront dans son sein des talents, des inventions ou une industrie utiles, et qui formeront de grands établissements.*

La seconde exception était écrite dans une Ordonnance du 4 juin 1814, rendue, par conséquent, le même jour que la Charte de cette époque, et qui portait *qu'aucun étranger ne pourra siéger, à compter de ce jour, ni dans la Chambre des Pairs, ni dans celle des Députés, à moins que par d'importants services rendus à l'État, il n'ait obtenu des lettres de naturalisation vérifiées par les deux Chambres.*

D'où il résultait :

1° Que la concession de ces lettres n'était même pas subordonnée à une année de domicile en France ;

2° Qu'en aucun cas, et quel que fût le mode de naturalisation, l'étranger devenu Français ne pouvait siéger dans les Chambres législatives qu'après l'obtention des lettres de naturalisation vérifiées par les deux Chambres.

160. — Enfin, une loi du 14 octobre 1814 avait dispensé d'une partie des conditions exigées par la loi du 22 frimaire an VIII, les habitants des départements qui avaient été réunis à la France en 1791 (mais *voy. infra*, n° 178).

Il a été toutefois décidé par la Cour de cassation que cette dispense ne s'appliquait pas à l'obligation de demander la naturalisation à l'Empereur, suivant le décret du 17 mars 1809, qui confère au chef de l'État le pouvoir de

prononcer, au nom du pays, cette adoption politique de l'étranger (Cass., 27 juin 1831, Berthollet, D., 1831, I, 187, Cass., 4 mai 1836, Barré, Dev., 1836, I, 859; comp. *Journal du Droit international privé*, 1878, p. 13 : Quelle est, au regard de la loi française, la nationalité des individus originaires des territoires annexés à la France depuis le 1er janvier 1791, et rétrocédés aux puissances étrangères par les Traités de 1814 et 1815).

160 *bis.* — Voici maintenant le texte de la loi du 3 décembre 1849, qui est intitulée : *Loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers én France.*

Article 1 : « Le président de la République (l'Empe-« reur) statuera sur les demandes en naturalisation.

« La naturalisation ne pourra être accordée qu'après « enquête faite par le Gouvernement relativement à la « moralité de l'étranger, et sur l'avis favorable du « Conseil d'État[1].

« L'étranger devra, en outre, réunir les deux condi-« tions suivantes :

« 1° D'avoir, après l'âge de vingt et un ans accom-« plis, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en « France, conformément à l'article 13 du Code Napoléon;

« 2° D'avoir résidé pendant dix ans en France, depuis « cette autorisation.

« L'étranger naturalisé ne jouira du droit d'éligibilité « à l'Assemblée nationale qu'en vertu d'une loi. »

Article 2 : « Néanmoins, le délai de dix ans pourra « être réduit à une année, en faveur des étrangers qui « auront rendu à la France des services importants, ou

1. Cette dernière disposition était en harmonie avec la Constitution du 4 novembre 1848, qui avait fait du Conseil d'État un corps indépendant du pouvoir exécutif; mais elle n'était pas compatible avec la Constitution du 14 janvier 1852, d'après laquelle le Conseil d'État n'avait aucune autorité propre et indépendante du pouvoir exécutif; en conséquence, la nécessité de *l'avis favorable* du Conseil d'État n'existe plus aujourd'hui; et il suffit que le Conseil d'État ait été consulté. (Comp. le décret du 25 janvier 1852, art. 1 et 24.)

« qui auront apporté en France, soit une industrie, soit « des inventions utiles, soit des talents distingués, ou « qui auront formé de grands établissements. »

Article 3 : « Tant que la naturalisation n'aura pas été « prononcée, l'autorisation accordée à l'étranger d'établir « son domicile en France, pourra toujours être révoquée « ou modifiée par décision du Gouvernement, qui devra « prendre l'avis du Conseil d'État. »

Article 4 : « Les dispositions de la loi du 14 octobre « 1814 concernant les habitants des départements réunis à « la France, ne pourront plus être appliquées à l'avenir. »

Article 5 : « Les dispositions qui précèdent, ne por- « tent aucune atteinte aux droits d'éligibilité à l'Assem- « blée nationale acquis aux étrangers naturalisés avant « la présente loi. »

Article 6 : « L'étranger qui aura fait, avant la promul- « gation de la présente loi, la déclaration prescrite par « l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, pourra, après « une résidence de dix années, obtenir la naturalisation, « suivant la forme indiquée par l'article 1. »

Les autres articles (6 à 9) forment la seconde partie de la loi, qui est relative au *séjour des étrangers en France*, et qui est en effet, à ce point de vue, une loi de police et de sûreté indépendante de tout projet de naturalisation (*voy. infra*, n° 270).

Il faut encore ajouter aujourd'hui à cette loi le décret du Gouvernement de la Défense nationale du 26 octobre 1870, *relatif à la naturalisation des étrangers qui auront pris part à la guerre actuelle pour la défense de la France*, et qui supprime, en leur faveur, le délai d'un an, exigé par la loi du 3 décembre 1849. (Comp. Dev., Lois annotées, 1870, p. 522.)

160 *ter*. — En écartant ceux des articles précités, qui ne renferment que des dispositions transitoires (art. 5 et 6), il est facile de reconnaître que cette loi ne fait, ainsi que nous l'avons annoncé, que résumer et régulariser la lé-

gislation antérieure, telle qu'elle résultait de l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, avec les modifications qu'y avaient apportées successivement l'avis du Conseil d'Etat du 18 prairial an XI[1], les sénatus-consultes des 26 vendémiaire et 19 février 1808, et le décret du 17 mars 1809 (*supra*, nos 158-160).

160 *quater*. — Le dernier alinéa de l'article 1 a été évidemment aussi conçu dans le même esprit que l'Ordonnance du 4 juin 1814, c'est-à-dire qu'il maintient la distinction que, d'après cette Ordonnance, on avait faite entre *la naturalisation simple et la grande naturalisation*, qui seule conférait à l'étranger devenu Français le droit de siéger dans les assemblées législatives, et qui devait être prononcée par une loi.

Cette distinction avait donc certainement continué d'exister sous la Constitution du 4 novembre 1848.

Mais c'est, au contraire, un point douteux que celui de savoir si elle existe encore sous la Constitution du 14 janvier 1852.

Plusieurs enseignent, d'après l art. 1 de la loi du 3 décembre 1849, que la grande naturalisation n'a pas cessé d'exister; et que, dès lors, l'étranger naturalisé ne peut être habilité qu'en vertu d'une loi, à siéger soit au Sénat, soit au Corps législatif. (Comp. Demante, t. II, n° 320 *bis*, III; Beudant, *Revue crit. de législat.*, 1855, t. VII, p. 113 et suiv.; et 1856, t. IX, p. 57 et suiv.)

D'autres, se fondant aussi précisément sur l'article 1 de cette loi du 3 décembre 1849, prétendent que la grande naturalisation a été maintenue, en ce qui concerne le droit de siéger au Corps législatif, mais qu'elle n'a pas été conservée, en ce qui concerne le droit de siéger au Sé-

1. Cet avis n'ayant pas été inséré au *Bulletin des Lois*, n'était pas rigoureusement obligatoire avant la loi nouvelle; aussi, est-il notable que cette loi elle même n'en tient pas compte dans son article 6, et qu'elle prend pour point de départ du délai de dix ans *la déclaration prescrite* par l'article 3 de la Constitution de l'an VIII.

nat. (Comp. Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 73.

Enfin, d'apres une troisième opinion, qui nous paraîtrait la plus vraie, il n'y a plus aujourd'hui de grande naturalisation; et une loi n'est pas nécessaire pour qu'un étranger simplement naturalisé puisse siéger soit au Sénat, soit au Corps législatif;

D'une part, en effet, aux termes de l'article 28 de la Constitution du 14 janvier 1852, « le Sénat se compose : « 1° des cardinaux, des maréchaux, des amiraux; 2° des « citoyens que l'Empereur juge convenable d'élever à la « dignité de sénateur; »

Et, d'autre part, du rapprochement des articles 12 et 26 du décret du 2 février 1852, il résulte que tous les Français, âgés de vingt-cinq ans, jouissant de leurs droits civils et politiques, sont éligibles au Corps législatif (Comp. *infra*, n° 174; Zachariæ, Aubry et Rau, t I, p. 226; Demangeat, sur Fœlix, *Droit international* t. I, p. 92, note *a*; Valette, *Explicat. somm du liv I du Code* p. 35, note 2.

La loi du 29 juin 1867, que nous allons citer (*infra*, n° 160 *sexto*), consacre cette interprétation; et la question, qui précède, n'a plus, en conséquence, aujourd'hui qu'un intérêt historique.

160 *quinto*. — Quant à la loi du 3 octobre 1814 (*supra*, n° 160), l'article 4 de notre loi du 3 décembre 1849 en prononce l'abrogation complète.

La loi de 1814 était une loi de circonstance, qui ne devait être que temporaire; aussi, d'après son texte même, ne devait-elle être applicable qu'à ceux des habitants des provinces démembrées, qui rempliraient, dans les trois mois après sa promulgation, les conditions qu'elle exigeait; mais, dans la pratique, ce délai avait été regardé comme comminatoire; et, en conséquence, la loi de 1814 avait continué d'être toujours en vigueur; or, c'était là évidemment une extension arbitraire et abusive, à laquelle il était temps de mettre un terme. (Comp. le rapport de M. de Montigny, *Moniteur* du 15 nov. 1849.)

160 *sexto.* — Une loi nouvelle sur la naturalisation des étrangers en France a été encore rendue depuis notre dernière édition.

C'est la loi du 29 juin 1867, dont il nous paraît utile de faire connaître ici les dispositions :

Article 1 : « L'étranger, qui, après l'âge de vingt et un ans « accomplis, a, conformément à l'article 13 du Code Na- « poléon, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en « France et y a résidé pendant trois années, peut être admis « à jouir de tous les droits de citoyen français.

« Les trois années courront à partir du jour où la de- « mande d'autorisation aura été enregistrée au Ministère « de la justice.

« Est assimilé à la résidence en France le séjour en « pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée « par le Gouvernement français.

« Il est statué sur la demande en naturalisation, après « enquête sur la moralité de l'étranger, par un décret de « l'Empereur, rendu sur le rapport du Ministre de la « justice, le Conseil d'État entendu.

Article 2 : « Le délai de trois ans, fixé par l'article « précédent, pourra être réduit à une seule année en fa- « veur des étrangers, qui auront rendu à la France des « services importants, qui auront introduit en France, « soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y « auront apporté des talents distingués, qui y auront « formé de grands établissements, ou créé de grands « établissements agricoles.

Article 3 : « L'article 5 de la loi du 3 décembre 1849 « est abrogé. »

Il est facile de reconnaître le caractère de cette loi, et qu'elle se montre de plus en plus libérale, sans se départir pourtant de garanties, qu'il était nécessaire de conserver.

On ne saurait qu'approuver notamment la réduction à trois ans de ce stage de dix ans, qui était imposé d'abord aux étrangers par l'art. 3 de la loi du 22 frimaire de l'an VIII,

(Comp. un article de M. James de Rothschild sur la *Naturalisation*, sous la loi du 3 décembre 1849 et sur les modifications introduites par la loi du 29 juin 1867, *Revue pratique de Droit français,* 1867, t. XXIV, p. 305 et suiv. ; une *Étude historique sur la naturalisation,* à l'occasion de la loi du 29 juin 1867, par M. Edmond Nicot, dans le Journal le *Droit,* des 6, 7, 8 et 9 octobre 1868; un article de M. Prévost : *Révision de la Législation sur les étrangers.* Revue critique, 1869, p. 239 et suiv. Comp. la loi du 27 juill. 1872, Dev., 1872, III, 248.)

§ III.

De certains modes particuliers de naturalisation spécialement régis par le Code Napoléon.

161. — Le Code Napoléon détermine cinq modes particuliers de *naturalisation,* savoir :

Les uns, par lesquels on acquiert la qualité de Français;

Les autres, par lesquels on recouvre cette qualité précédemment perdue. (Comp. Coin-Delisle, *Revue critique de législat.* 1865, t. XXVI, p. 214 et suiv.).

Nous allons successivement les parcourir.

162. — 1° Aux termes de l'article 9, tout individu (enfant légitime ou naturel, la loi ne distingue pas), né en France d'un étranger, peut, dans l'année qui suit l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français. Le Code y met seulement pour condition que, s'il réside déjà en France, il y établisse son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission.

Le texte ne déterminant pas la forme de cette soumission, il est naturel de croire qu'elle devra régulièrement être faite à la municipalité de la résidence actuelle du déclarant, ou de celle dans laquelle il se proposera d'établir son domicile (décret du 17 mars 1809, art. 2). Toutefois,

il résulte de la discussion au Conseil d'État que la compétence de l'officier de l'état civil n'est pas, à cet égard, exclusive. (Comp. *Législ. civ.* t. II, p. 81 à 85; Taulier, t. I, p. 103; Magnin, *Des minorités*, t. I, n° 4; *voy.* aussi l'article 1 de la loi du 7 février 1851.)

L'article 9 est fondé sur deux motifs : 1° sur cet attachement instinctif, que la nature a mis dans le cœur de l'homme pour les lieux où il a reçu le jour. La loi veut seulement s'assurer que cet attachement pour la patrie natale est réel; et voilà pourquoi elle exige que l'étranger, pour profiter de cette faveur, en donne effectivement la preuve et la garantie par son établissement en France; 2° sur ce que, le plus souvent, l'enfant né en France d'un étranger, y sera resté plus ou moins longtemps, y aura été élevé peut-être, en aura appris la langue, les mœurs, les habitudes, et qu'il sera ainsi, en quelque sorte, tout préparé à la nationalité française.

163. — C'est une question difficile et controversée que celle de savoir en quoi consiste précisément ce bénéfice, que l'article 9 accorde à l'individu né, en France, d'un étranger.

Cet individu, après avoir fait la déclaration prescrite, ne devient-il Français que *ut ex nunc*, et seulement pour l'avenir;

Ou, au contraire, devient-il Français *ut ex tunc*, comme dès le jour de sa naissance, et rétroactivement?

Un parti considérable, dans la doctrine, enseigne que cet individu n'acquiert la qualité de Français qu'à compter du jour où il a fait sa déclaration, sans aucun effet rétroactif.

Cette opinion raisonne ainsi :

Le système contraire aurait pour résultat de tenir en suspens, pendant vingt-deux ans au moins (*infra*, n° 165), la nationalité de cet individu et tous les droits qui peuvent en dépendre; et cette considération est d'autant plus grave, que, à l'époque de la promulgation du Code, les

étrangers étaient incapables de succéder et de recevoir à titre gratuit (art. 726, 912). Il faudrait un texte bien formel pour que l'on fût forcé d'admettre un résultat si impolitique et si contraire à la pensée du législateur, telle que l'article 20 la révèle! l'article 9 a-t-il donc ce caractère? on invoque, pour le prétendre ainsi, les travaux préparatoires! mais ces travaux eux-mêmes témoignent combien peu les opinions des législateurs de cette époque étaient arrêtées sur ce point; c'est ainsi, par exemple, que l'article 10 (du titre I) du projet de la commission de l'an VIII ne considérait d'abord comme Français que *toute personne née d'un Français et en France* (Fenet, t. I, p. 8); il est vrai que, plus tard, par une réaction en sens contraire, on proposa une formule portant que *tout individu né en France est Français;* mais ni l'un ni l'autre projet ne fut adopté; et finalement, on aboutit à la rédaction actuelle de l'article 9, à la suite d'une discussion qui est loin d'en manifester le sens d'une façon nette et précise.

En cet état, c'est au texte même de la loi qu'il faut s'attacher; et le texte de l'article 9 n'est point sans doute assez explicite pour commander une interprétation qui serait si contraire à tant d'intérêts privés et publics!

Le mot : *réclamer*, dont on argumente, et qui suppose, dit-on, un droit antérieur et préexistant, n'est, après tout, qu'un mot équivoque, synonyme souvent de *demander*, de *solliciter*, d'*implorer* même; le mot *recouvrer*, dont se sert l'article 10, serait bien plus énergique; et pourtant il n'implique évidemment aucune rétroactivité.

Il est vrai que l'article 9 n'est point rappelé dans l'article 20; mais cette omission est loin d'être décisive : l'article 20 a surtout, en effet, pour but d'empêcher que les individus, qui *recouvrent* la qualité de Français, puissent invoquer, comme on le faisait autrefois, du moins pour quelques-uns d'entre eux, une sorte de *jus postliminii*, et prétendre qu'ils sont réputés ne l'avoir pas perdue; or, l'individu de l'article 9 n'ayant pas été Français, le

doute, à cet égard, pour lui, n'était pas même possible; et il n'y avait pas lieu, en conséquence, de le mentionner dans l'article 9.

Enfin, n'y aurait-il pas contrariété dans la loi, si l'enfant né en France, de parents étrangers, pouvait réclamer la qualité de Français avec effet rétroactif; tandis que ce bénéfice serait refusé à l'enfant né d'un Français, qui a perdu cette qualité, que la loi pourtant favorise davantage, puisqu'elle lui permet de demander la qualité de Français, non pas seulement dans l'année de sa majorité, mais à toute époque de sa vie indéfiniment! (Comp. art. 9 et 10.)

Le nombre imposant de jurisconsultes (cités *infra)*, qui ont ainsi interprété l'article 9, prouve, tout au moins, que cet article ne commande pas absolument l'interprétation contraire; bien plus, tout récemment, le rapporteur de la loi du 22 mars 1849 (M. Huot) paraît avoir entendu l'article 9 dans le même sens que la grande majorité des auteurs y attachent (*voy.* ce rapport, Dev., 1849, part. III, p. 31); et cette loi elle-même a fourni, en effet, un nouvel et puissant argument à cette doctrine, puisque l'individu né en France, de parents étrangers, lorsqu'il a servi dans les armées françaises, ou satisfait à la loi du recrutement, a désormais un délai indéfini pour faire la déclaration de l'article 9; c'est-à-dire qu'il dépendrait de lui, à tout âge, de devenir rétroactivement Français, à dater du jour de sa naissance!

Un argument du même genre peut aussi être déduit de la loi du 7 février 1851, dont l'article 2 déclare que l'article 9 du Code Napoléon est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé en France; car si l'article 9 leur est applicable, et que cet article 9 confère rétroactivement la nationalité française à ceux qui l'acquièrent sous les conditions qu'il détermine, il faudrait donc conclure que ces enfants, nés d'un étranger, même en pays étranger, deviendraient aussi rétroactivement Français! (*Infr.*, n° 165-6°.)

Ce sont là sans doute de sérieux motifs pour soutenir

que l'individu né en France, d'un étranger, ne devient, en vertu de l'article 9, Français qu'à compter du jour de sa déclaration, et pour l'avenir seulement. (Comp. Delvincourt, t. I, n° 199 : Fœlix, *Droit inter.*, p. 41 ; Legat, *Code des étrangers*, n° 11 ; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 181, note *a* : Marcadé, art. 9; Bugnet sur Pothier, *Traité des personnes*, t. IX, p. 17, 18; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 51; Demante, t. I, n° 19 *bis*, III.)

Nous avons toujours considéré cette doctrine comme infiniment grave ; et il ne nous est pas démontré qu'elle n'eût pas réussi à se faire admettre dans la pratique, si la question s'était engagée sous l'empire des articles 726 et 912, et s'il se fût agi d'appliquer à des successions ouvertes depuis quinze ou vingt ans peut-être dans le passé, l'effet rétroactif de l'acquisition de la qualité de Français, d'après l'article 9; mais la loi du 14 juillet 1819, en abrogeant les articles 726 et 912, a enlevé à cette doctrine le puissant argument qu'elle en tirait; et il est évident que la doctrine contraire, dégagée des conséquences désastreuses de cette rétroactivité, a acquis, par suite, bien plus de force; aussi a-t-elle triomphé, lorsqu'elle s'est, pour la première fois, en 1848, présentée devant la Cour suprême.

On a considéré, d'une part, que d'après l'ancien droit public français, tout individu né en France était Français; et que, d'autre part, l'article 9 était une modification de ce principe, en ce sens que l'acquisition de la qualité de Français par l'individu né en France, se trouvait désormais subordonnée à la condition suspensive d'une déclaration à faire dans l'année de sa majorité; mais que cette condition, une fois remplie, rétroagissait au jour même de sa naissance (arg. de l'art. 1179); car tel est le sens exact et juridique de ce mot *réclamer*, qui a précisément pour but d'exprimer que la qualité de Français est conférée par la loi elle-même à cet individu, dès sa naissance, comme un droit conditionnel; enfin,

c'est là ce qui explique pourquoi l'article 9 n'est pas rappelé dans l'article 20; et aussi pourquoi cet article n'accorde à l'enfant, né en France d'un étranger, qu'une année, à partir de sa majorité, pour faire sa déclaration; tandis qu'un délai indéfini est accordé par l'article 10 à l'enfant d'un Français qui a perdu cette qualité; c'est qu'il importait, dans le cas de l'article 9, de faire cesser le plus promptement possible une incertitude, qui n'existait pas dans le cas de l'article 10.

La vérité est que les travaux préparatoires semblent bien indiquer, quoique un peu confusément, cette pensée dans les rédacteurs de l'article 9; et comme cette rétroactivité ne produit plus aujourd'hui, que nous sachions, aucun effet, dans l'ordre civil pas plus que dans l'ordre politique, nous comprenons que cette doctrine ait été consacrée. (Comp. *supra*, n° 146; Paris, 11 déc. 1847, Kuhn, Dev., 1848, II, 49; Cass., 19 juill. 1848, de G..., Dev., 1848, I, 529; et *Observations* de Devilleneuve, *h. l.*, n° 1; Merlin, *Répert.*, v° *Français*, § 1, et v° *Légitimité*, sect. IV, § 3, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 211, 212; Massé et Vergé, t. I, p. 72; Valette, *Explic. somm. du liv. I*, p. 12; Coin-Delisle, art. 9, n° 115, et *Revue critique de Législ.*, 1864, t. XXV, p. 1 et suiv.)

163 *bis*. — Une loi du 22 mars 1849 est venue apporter une modification importante à notre article 9.

L'article unique de cette loi est ainsi conçu :

« L'individu né en France d'un étranger, sera admis, « même après l'année qui suivra l'époque de sa majorité, « à faire la déclaration prescrite par l'article 9 du Code « Napoléon, s'il se trouve dans l'une des conditions suivantes :

« 1° S'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises « de terre ou de mer;

« 2° S'il a satisfait à la loi du recrutement, sans exciper de son extranéité. »

On a pensé, fort justement sans doute, que l'une ou

l'autre de ces conditions témoignait, non moins que la déclaration exigée par l'article 9, de l'attachement de cet individu pour la France; la vérité est même que la plupart des individus qui se trouvent dans cette catégorie se croyaient Français, et que ce n'est que par suite de cette erreur qu'ils n'ont pas songé à faire la déclaration prescrite par l'article 9. Telle est surtout la situation que la loi nouvelle a eu pour but de régulariser.

Comme on le voit, c'est un délai illimité qui est accordé à cet individu pour faire la déclaration qui le rendra rétroactivement Français, dès le jour de sa naissance, à quelque âge d'ailleurs de sa vie qu'il fasse sa déclaration.

Cela est grave assurément! (*Supra*, n° 163.)

« Puisque l'on fait à l'individu né d'un étranger, en France, un titre de faveur de ce qu'il a servi dans nos armées, ou satisfait sans réclamation à la loi du recrutement, peut-être serait-il logique et convenable qu'on l'autorisât à mériter ce titre, et qu'on lui en fournît, en conséquence, les moyens; tandis que, au contraire, d'après la loi du 21 mars 1832, il n'est soumis au recrutement qu'après qu'il a accompli la déclaration prescrite par l'article 9, comme pareillement il ne peut, avant cette déclaration, contracter aucun engagement volontaire (art. 2 et 32)

Il semblerait donc qu'il y aurait lieu de mettre, sous ce rapport, la loi sur le recrutement de l'armée et sur l'inscription maritime en harmonie avec l'article 9 et avec la loi du 22 mars 1849; car, dans l'état actuel de notre droit, cette loi de 1849 ne s'applique, en réalité, qu'aux individus de cette catégorie, qui, par erreur ou autrement, ont été incorporés dans l'armée, ou du moins appelés à courir les chances du tirage au sort (*voy.*, toutefois, *infr.*, n° 165 *ter*).

L'amélioration que nous avions souhaitée a été accomplie par la loi du 16 décembre 1874, dont voici les termes:

Article 1 : L'article 1 de la loi du 7 février 1851 est ainsi modifié :

Est Français tout individu né en France, d'un étranger

qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année, qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques et consulaires de France à l'étranger, et qu'il ne justifie avoir conservé sa nationalité d'origine, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration.

Cette déclaration pourra être faite par procuration spéciale et authentique.

Article 2 : Les jeunes gens auxquels s'applique l'article précédent, peuvent soit s'engager volontairement dans les armées de terre et de mer, soit contracter l'engagement conditionnel d'un an, conformément à la loi du 27 juillet 1872, titre IV, troisième section, soit entrer dans les Écoles du Gouvernement, à l'âge fixé par les lois et règlements, en déclarant qu'ils renoncent à réclamer la qualité d'étranger dans l'année qui suivra leur majorité.

Cette déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père, de la mère, ou à défaut de père et de mère, qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Elle ne doit être reçue qu'après les examens d'admission et s'ils sont favorables (Dev. 1875, p. 633; comp. *infra* n° 165 *ter.*; loi du 27 juill. 1872, art. 9; *Journal de droit international privé*, 1875, p. 11).

163 *ter.* — Un individu, né en France, d'un père étranger, excipe de son extranéité, au moment où il est appelé, avec sa classe, a satisfaire à la loi du recrutement.

Huit ans après (il avait alors plus de vingt-deux ans et moins de trente ans), il se fait inscrire sur la liste du recrutement; et il réclame, en conséquence, la qualité de Français.

Est-il fondé ?

Cette question peut paraître délicate; et elle a été fort controversée.

La Cour de Douai l'avait décidée affirmativement. (10 févr. 1868, Sioën, Dev., 1868, II, 140)

Mais son arrêt a été cassé par la Cour suprême. (24 août 1868, Dev., 1868, I, 413.)

La Cour d'Amiens, saisie par l'arrêt de renvoi, a consacré la doctrine admise par la Cour de cassation. (25 nov. 1868, Dev., 1869, II, 1.)

Et, le 27 janvier 1869, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour d'Amiens. (Dev., 1869, I, 129.)

Cette doctrine nous paraît, en effet, la plus juridique :

L'individu né en France, d'un père étranger, ne peut réclamer la qualité de Français qu'en vertu soit de l'article 9 du Code Napoléon, soit de l'article unique de la loi du 22 mars 1849, et en remplissant, bien entendu, la condition sous laquelle l'un ou l'autre de ces textes lui accorde cette faveur.

Or, précisément, l'individu, dont il s'agit, ne pouvait invoquer ni l'un ni l'autre.

L'article 9 du Code Napoléon ?

Non! puisqu'il ne réclamait pas la qualité de Français, *dans l'année qui suivait sa majorité*, mais plusieurs années après sa majorité.

L'article unique de la loi du 22 mars 1849?

Pas davantage!

Puisqu'il n'avait pas servi dans les armées françaises, et qu'il avait excipé de son extranéité pour se soustraire à la loi de recrutement.

Donc, il ne pouvait, en effet, à aucun titre, réclamer exceptionnellement la qualité de Français. (Comp. Cass., 16 avril 1872, Sangalli, Dev., 1873, I, 418.)

Cette conclusion nous paraît irrésistible, malgré le dissentiment de M. Massenot-Déroché, qui a d'ailleurs très-habilement entrepris de la combattre. (*Revue pratique de Droit français*, 1870, p. 19 et suiv.)

164. — Je pense que l'article 9 ne pourrait pas être

invoqué par l'enfant de l'étranger né en pays étranger, mais qui prétendrait seulement avoir été conçu en France.

M. Richelot (t. I, p. 115) paraît plus porté vers l'opinion contraire, en s'appuyant *sur la règle générale*, dit-il, *qui répute né l'enfant conçu chaque fois que son intérêt le réclame.*

Mais l'article 9 n'accorde cette faveur qu'à l'enfant *né en France;* et il me semble qu'il est, sur ce point, tout à fait spécial; car les deux motifs sur lesquels nous avons vu qu'il est fondé (*supra*, n° 162) ne s'appliquent, en aucune manière, à l'enfant simplement *conçu en France.* Ajoutez que l'époque de la conception, toujours si difficile à constater, le serait ordinairement ici plus encore.

C'est bien assez que notre article comprenne dans la généralité de ses termes l'enfant accidentellement né en France d'une étrangère, qui ne s'y trouvait qu'en passant; il ne faut pas du moins l'étendre jusqu'au fait toujours incertain, et d'ailleurs très-indifférent dans la circonstance actuelle, de la conception en France. (Comp. Cass., 15 janvier 1840, Corréa, Dev., 1840, I, 900; Locré, *Leg. civ.*, t. II, p. 34-38; Duranton, t. I, n° 130; Taulier, t. I, p. 104.)

165. — A quelle majorité l'article 9 se réfère-t-il?

Plusieurs auteurs professent qu'il s'agit ici de la majorité telle qu'elle est déterminée par la loi française; et que, par conséquent, c'est à 21 ans que commence le délai d'une année, dans lequel la soumission doit être faite. (Comp. Duranton, t. I, n° 129; Coin-Delisle, art. 9, n° 25; Taulier, t. I, p. 103; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 210.)

Il est, dit-on, peu vraisemblable que le législateur se soit référé à une majorité étrangère, variable suivant les temps et les lieux; aussi, les articles 2 et 3 de la Constitution du 22 frimaire an VIII fixaient-ils également l'âge de 21 ans pour les étrangers et pour les Français qui voulaient faire les déclarations requises pour devenir citoyens.

L'opinion contraire me paraît toutefois plus conforme au texte et aux principes :

L'article 9 déclare que *l'individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de* SA *majorité*, etc. ;

Or, quelle est sa majorité, avant qu'il soit encore devenu Français ? c'est celle qui est déterminée par la loi personnelle du pays qui est encore le sien ;

Donc, le texte se réfère lui-même à cette majorité.

En second lieu, le bénéfice de l'article 9 doit être réclamé dans le délai fatal d'une année ; il est dès lors logique et essentiel de ne le faire courir qu'à partir de l'époque après laquelle l'étranger pourra réclamer utilement ; sinon, le délai pourrait être expiré avant même qu'il lui eût été possible d'en profiter ;

Or, si cet individu, encore étranger, ne devient majeur qu'à 25 ans, d'après la loi personnelle qui le régit toujours, il serait incapable, jusqu'à cet âge, d'exercer utilement la faculté que lui offre la loi française ;

Donc, cette faculté ne doit lui être offerte qu'à partir de la majorité étrangère.

Ces motifs me paraissent suffisamment répondre à l'argument tiré de l'article 3 de la loi du 22 frimaire an VIII. D'abord le texte de cet article, bien différent de notre article 9, déterminait expressément lui-même *l'âge de 21 ans ;* ensuite, cet article 3 exigeait bien que l'étranger eût 21 ans pour faire sa déclaration ; mais il n'en résultait pas qu'il pût la faire toujours à 21 ans, si sa loi personnelle s'y opposait ; ajoutez, en effet, que l'âge de 21 ans, dans ce cas, ouvrait une faculté dont l'exercice pouvait toujours avoir lieu, et n'était limité par aucun terme. Que si on prétendait qu'il résultait de l'article 3 de la loi du 22 frimaire an VIII, que l'étranger, même mineur d'après la loi de son pays, pouvait néanmoins faire sa déclaration à 21 ans, eh bien ! je dirais qu'en ce point la loi de l'an VIII ne me paraîtrait ni à louer ni à imiter ;

je ne crois pas qu'il soit bien, qu'il soit convenable et politique, de convier ainsi les étrangers à violer, chez nous, leurs lois personnelles; nous avons vu, au contraire (*sup.*, nos 98 et 99), que c'est, pour tous les peuples, un devoir international de se prêter à cet égard un mutuel concours.

La conclusion, finalement, qui paraît la plus raisonnable, comme dit M. Valette, est de ne faire encourir la déchéance, dont parle l'article 9, qu'autant que l'individu se trouve majeur depuis un an, et d'après la loi française, et d'après la loi du pays, auquel sa famille appartient. (Explic. sommaire du livre I, p. 12; comp. art. 1 de la loi du 7 fév. 1851; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 52; Demante, t. I, n° 19 *bis*, II; Coin-Delisle, *Revue critique de Législ.*, 1864, t. XXV, p. 13 et suiv.; comp. Douai, 10 fév. 1868; Renaux, Dev., 1868, II, 140.)

165 *bis*. — Une loi du 7 février 1851, et qui se rattache désormais aussi à notre article 9, a pour but de régler le sort *des individus nés en France d'étrangers, qui eux-mêmes y sont nés, et les enfants d'étrangers naturalisés.*

Voici les termes de cette loi:

Art. 1: « Est Français tout individu né en France, « d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, « dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle « qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la « qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant « l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit de- « vant les agents diplomatiques ou consulaires accré- « dités en France par le gouvernement étranger. »

Article 2: « L'article 9 du Code Napoléon est appli- « cable aux enfants de l'étranger naturalisé, quoique « nés en pays étranger, s'ils étaient mineurs, lors de la « naturalisation.

« A l'égard des enfants nés en France ou à l'étranger, « qui étaient majeurs à cette même époque, l'article 9 « du Code Napoléon leur est applicable, dans l'année « qui suivra celle de ladite naturalisation. »

A. — L'article 1 s'occupe de l'individu né en France d'un étranger, qui lui-même y est né (*infra*, n° 172); et il déclare que cet individu est Français de plein droit, dès l'instant de sa naissance, avec la faculté, toutefois, de réclamer la qualité d'étranger, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité.

C'est-à-dire que cet article de la loi de 1851 est, en quelque sorte, la contre-partie de l'article 9 du Code Napoléon; et, de même qu'aux termes de l'article 9, suivant l'interprétation que la Cour suprême a consacrée (*voy.* n° 143), l'enfant, né en France d'un étranger, naît étranger et ne peut devenir Français que par l'effet rétroactif d'une condition *suspensive*, de même, aux termes de l'article 1 de la loi de 1851, l'enfant né en France d'un étranger, qui lui-même y est né, naît Français et ne peut devenir étranger que par l'effet rétroactif d'une condition *résolutoire*.

Avant la déclaration, le premier est un étranger, et le second est un Français.

Après la déclaration, si elle a été faite, le premier est réputé avoir toujours été Français; et le second est réputé avoir toujours été étranger. (Arg. de l'art. 1179).

Une loi du 16 décembre 1874 a modifié cette loi du 7 février 1851.

Nous en avons rapporté le texte plus haut (n° 163 *bis*).

163 *ter.*—Il est intéressant de préciser les conséquences de cette double situation, où nous voyons la nationalité française subordonnée, dans un cas, à une condition suspensive, et dans l'autre à une condition résolutoire.

I. — L'individu, dont il est question dans l'article 9, est, avons-nous dit, étranger, tant que la condition suspensive, sous laquelle seulement il peut devenir Français, n'est pas accomplie.

Et, de là, ces deux propositions corrélatives, qui règlent son état, avant l'accomplissement de la condition :

1° Il ne peut pas être soumis aux charges de la qualité de Français;

Il ne peut pas non plus en obtenir les avantages.

La première proposition est certaine; et c'est ainsi qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 31 mars 1832, il n'est pas soumis au recrutement.

Quant à la seconde proposition, elle a été l'objet de quelques controverses; on a demandé s'il ne devait pas être admis à jouir, du moins provisoirement, des avantages de la qualité de Français et, par exemple, s'il ne pouvait pas être admis au concours pour l'École polytechnique.

L'affirmative semblerait, à première vue, logique et convenable, surtout lorsqu'il s'agit de certains avantages offerts par la loi à la jeunesse française pendant la minorité, et auxquels, dès lors, malgré l'effet rétroactif de sa déclaration, l'enfant né en France d'un étranger ne pourrait jamais participer, s'il n'y était pas admis provisoirement avant cette déclaration, qu'il ne peut faire qu'après sa majorité.

Aussi, le tribunal civil de la Seine a-t-il décidé qu'il pouvait se présenter aux examens de l'École polytechnique (28 avril 1840; Gardoni, Dev., 1850, II, 465).

Mais la Cour de Paris, dans une autre affaire toute semblable, a décidé, au contraire, que les Français seuls étant admissibles dans cette école, il était impossible d'y admettre l'individu né en France d'un étranger, qui était lui-même étranger pendant sa minorité; que nul n'avait qualité pour faire, en son nom, d'avance, la déclaration qui devait le rendre Français; et que le législateur avait voulu qu'elle ne fût faite que par lui à sa majorité, *afin que le contrat, qui intervient en ce cas, fût irrévocable* (Marchochi, 14 juill. 1856, *le Droit* du 18 juill. 1856; ajout., Paris 30 juill. 1859; Stepinski, Dev., 1859, II, 682; Cass., 31 déc. 1860, mêmes parties, Dev., 1861, I, 227).

Et cette décision nous paraît, en effet, la seule conforme au texte de la loi et aux principes (*voy.* pourtant l'article 3 de la loi du 23 mai 1853, *sur la caisse des retraites et des rentes viagères pour la vieillesse*).

II. Quant à l'individu, dont il est question dans l'article 1 de la loi du 7 février 1851, il est, avons-nous dit, Français, tant que la condition résolutoire, sous laquelle il peut devenir étranger, n'est pas accomplie.

Et, de là, deux propositions corrélatives en sens inverse, qui règlent également son état avant l'accomplissement de la condition :

1° Il doit obtenir les avantages de la qualité de Français ;

2° Il doit en supporter les charges.

Pas de difficulté, en ce qui concerne la première proposition ; et, par exemple, cet individu devrait certainement être admis aux examens pour l'École polytechnique (comp. Demante, t. II, n° 315 *bis*, IV).

Mais ici encore des dissidences se sont produites en ce qui concerne la seconde proposition.

A s'en tenir pourtant au texte de la loi et au principe sur lequel elle se repose, il semble que l'on ne devrait pas hésiter à dire que, puisque cet individu est Français actuellement, il doit actuellement supporter les charges, comme il participe aux avantages ; c'est ainsi, en effet, que la Cour de Douai a jugé qu'il est soumis à la loi du recrutement (18 déc. 1854, Préfet du Nord, Dev., 1855, II, 263) ; et cette décision est approuvée par M. Demangeat (dans ses annotations sur Fœlix, *Droit international*, t. I, p. 96, note *a*), et par M. Valette, l'un des auteurs de la loi du 7 fév. 1851. (Expl. somm. du liv. I, p. 14).

Il faut ajouter, toutefois, que le rapporteur de cette loi, M. Benoît Champy, a déclaré, de la façon la plus formelle, que « la commission avait *voulu laisser à la loi spéciale sur le recrutement le soin de régler l'appel et le tirage au sort des étrangers devenus Français, faute d'une déclaration d'extranéité, de même qu'ils sont réglés par l'article* 3 *de la loi du* 21 *mars* 1832, *en ce qui concerne les étrangers devenus Français par l'effet de la déclaration prescrite par l'article* 9 *du Code Napoléon.* » (Dev., 1851, III part., *Lois annotées*, p. 24.)

De là MM. Aubry et Rau concluent, en effet, que, « *à ce point de vue spécial, et par exception, la qualité de Français n'est point à considérer comme acquise dès l'instant de la naissance.* » (T. I, p. 215.)

Et Demante enseigne aussi que l'on ne peut pas appliquer l'obligation du service militaire à celui qui n'est Français que sauf volonté contraire, tant qu'il ne sera pas déchu du droit de réclamer la qualité d'étranger; la règle générale n'admettant, pour les droits ou devoirs politiques, ni incertitude, ni condition (t. II, Appendice n° 315 *bis*, III).

Cette exception toutefois est, à notre avis, malgré ces considérations, fort contestable; et il nous semble que, lorsque M. le rapporteur qualifiait d'ÉTRANGERS *devenus Français faute d'une déclaration d'extranéité*, les individus dont s'occupe l'article 1 de la loi de 1851, il perdait de vue la disposition même de cette loi, qui déclare formellement qu'ils sont *Français!*

Aussi, ne serions-nous pas surpris qu'il arrivât, dans la pratique, que le texte de la loi, si conforme d'ailleurs à son principe, l'emportât sur l'argument que fournit ce passage du rapport à l'opinion contraire. (Comp. Trib. civ. de la Seine, 20 fév. 1869, Sauphar, *le Droit* du 28 fév. 1869.)

165 *quater.* — Le projet de la commission portait : *sera Français*, etc.

Et ce fut sur un amendement proposé par M. Valette, que l'on substitua au temps futur, le temps présent, au moyen de cette rédaction : *est Français....*

Afin qu'il fût bien entendu que la loi saisirait immédiatement tous les individus qui se trouveraient, au moment de sa promulgation, dans la situation qu'elle réglait, c'est-à-dire des individus même déjà nés.

Et telle est, en effet, l'application qui en a été faite par l'arrêt précité de la Cour de Douai du 18 décembre 1854 (*supra*, n° 165 *ter*; comp. Duvergier, *Collect. des*

lois, 1851, p. 44, n° 1; Mourlon, *Revue pratique de droit français*, 1858, t. V, p. 256).

Il importe d'ajouter toutefois que cette application ne saurait s'étendre à ceux qui avaient déjà, à l'époque de la promulgation de la loi, encouru la déchéance par l'expiration du délai fixé par l'article 9; ceux-là, en effet, étaient désormais étrangers, par l'effet de leur propre volonté résultant s'il est permis de le dire ainsi, d'une sorte de déclaration négative ; et on n'aurait pas pu, sans rétroactivité, les déclarer Français (comp. Demante, t. II, n° 315 *bis*, II ; *voy.* toutefois un jugement du Trib. civil de la Seine du 26 févr. 1858. Savine; *Gazette des Tribunaux* du 2 avril 1858).

165 *quinto.* — Il est notable que l'article 1 de la loi du 7 février 1851 n'exige aucune condition de résidence, ni de la part de l'individu, qui en invoque l'application, ni de la part de son auteur.

Et ce n'est point là un oubli ; car, d'après le projet, au contraire, le père de l'étranger né en France *devait y résider ou être décédé y résidant;* mais le rapporteur, rappelant que cette condition de résidence était également exigée par les articles 9, 13 et 18 du Code Napoléon, a ajouté que la commission l'avait supprimée, *afin d'éviter les difficultés souvent délicates à résoudre*, *que soulèvent les questions de résidence* (Dev., *loc. supra cit.*).

Mais, pourtant, cette loi de 1851 avait surtout pour but de régler le sort de ces familles étrangères, en très-grand nombre, qui sont depuis longtemps établies en France ; et cette situation supposait évidemment la résidence et même une résidence prolongée ! (*Infra*, n° 192).

Tandis que, d'après la généralité du texte de l'article 1, lors même que la naissance du père et celle du fils auraient eu lieu en France, accidentellement, comme dans le cours d'un voyage, celui-ci n'en serait pas moins Français de plein droit !

Aussi, croyons-nous qu'il est permis de demander si

le législateur n'a pas ici dépassé le but qu'il se proposait d'atteindre.

Ce n'est pas sans regret, pour notre part, que nous verrions, dans nos temps modernes, attacher une trop grande importance, sous le rapport de la nationalité française, au seul fait de la naissance en France, l'état nouveau de la civilisation européenne, si profondément différent, à tant de titres, de l'état de l'ancienne civilisation, a singulièrement, suivant nous, déprécié la vieille règle, d'après laquelle la nationalité se déterminait par le territoire natal.

« A une époque, dit très-bien M. Beudant, où les com-« munications internationales sont fréquentes et néces-« saires, régler la nationalité par le sol, et non par les « rapports de filiation, c'est faire entre les nations un « échange continuel de nationaux; et sous prétexte de « continuer l'homogénéité de la famille française, la dé-« truire en agglomérant des éléments disparates et passa-« gers, sous un titre, qui n'a de réalité, qu'autant qu'il « est soutenu par un esprit commun. (*Revue crit. de législation*, *de l'effet de la naissance en France*, n° 12, 1856. t. IV, p. 70.)

165 *sexto* B. — L'article 2 de la loi du 7 février 1851 s'occupe d'une autre catégorie d'individus, à savoir: des enfants des étrangers naturalisés (*infra*, n° 175).

Et il leur applique également le bénéfice de l'article 9, eu égard à l'espèce d'application, dont il est alors, suivant les cas, susceptible.

L'enfant de l'étranger naturalisé était mineur, lors de la naturalisation?

Rien de plus simple; s'il est né en France, il peut invoquer purement et simplement l'article 9, dans l'année qui suit l'époque de sa majorité; et le secours de la loi de 1851 ne lui est nullement nécessaire. Mais s'il est né en pays étranger, la loi nouvelle lui confère alors la même faveur que s'il était né en France.

L'enfant de l'étranger naturalisé, était-il majeur, lors de la naturalisation, soit qu'il fût né en pays étranger, soit que né en France, il n'eût pas rempli dans le délai fatal, la condition prescrite par l'article 9 ?

L'article 2 dispose que l'article 9 du Code Napoléon lui est applicable, *dans l'année qui suit celle de ladite naturalisation.*

Que signifient ces mots?

Le rapporteur de la loi, M. Benoît-Champy, a positivement annoncé que ce délai courait *à partir du jour où les lettres de naturalisation auront été accordées* (Dev., 1851, III part., *Lois annotées*, p. 24); et cela est si naturel qu'il paraît bien évident que c'est par une pure inadvertance que la rédaction exprime une idée contraire (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 215; Demangeat, sur Fœlix, *Droit international*, t. I, p. 94, note *a*).

Toutefois, il faut bien reconnaître que la rédaction de l'article exprime, en effet, un sens tout autre ; et qu'il en résulte que ce n'est qu'après une première année écoulée depuis la naturalisation, que commence l'année dans laquelle, sous peine de déchéance, la déclaration doit être faite ; d'où Demante a pu conclure qu'il fallait s'en tenir au texte même ! (T. II, n° 316 *bis*.)

165 *septimo.* — L'article 9 étant déclaré applicable aux enfants mineurs et majeurs de l'étranger naturalisé, en faut-il conclure qu'ils acquerront rétroactivement la qualité de Français?

Cette conséquence serait logique, d'après l'interprétation que l'article 9 lui-même a reçu (*supra* n° 163).

Mais pourtant, comme il est bien impossible, pour ceux d'entre eux qui ne sont pas nés en France, de faire rétroagir l'acquisition de la qualité de Français jusqu'au jour de leur naissance, (d'où il résulterait qu'ils auraient été Français, dès avant même la naturalisation de leur auteur, par suite de laquelle ils le deviennent !) le plus que

l'on puisse dire, c'est qu'ils seront censés l'avoir acquise du jour de cette naturalisation (comp. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 215).

166. — 2° D'après l'article 10 : *tout enfant né en pays étranger, d'un Français, qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'article* 9.

C'est ici la faveur de l'origine qui détermine l'exception. Cet enfant eût été Français, si son auteur n'eût pas quitté la France ; il se rattache très-probablement par des liens de parenté à des familles françaises ; aussi, lui accorde-t-on *toujours*, à toute époque de sa vie, après sa majorité toutefois bien entendu (*supra*, n° 165), le moyen prompt et facile de devenir Français.

En pays étranger, dit le texte.

Faut-il donc en conclure que cet enfant *né en France*, serait immédiatement Français ?

Dira-t-on que le texte de l'article 9 ne s'applique qu'à l'enfant né en France d'un *étranger*, et que dès lors l'enfant *né en France* d'un *ex-Français*, n'étant régi ni par l'article 9, ni par l'article 10, doit être Français par droit de naissance ?

Nous avons déjà exprimé l'opinion que, d'après le Code Napoléon, celui-là seul est Français de naissance, qui naît d'un *Français* (art. 10, Ire part. ; *supra*, n° 146) ;

Or, l'enfant en question est né d'un étranger ;

Donc, il n'est pas Français.

Ces mots, *en pays étranger*, que tout le monde déclare inutiles dans la première partie de l'article 10, s'y retrouvent encore, avec la même inutilité, dans la seconde partie. Il serait peut-être même plus facile de les expliquer dans ce second cas, en disant que la pensée de la loi a dû se porter alors plus spécialement sur l'enfant né en *pays étranger*, puisque son auteur, ayant perdu la qualité de Français, sera le plus souvent en pays étranger. Enfin, autrefois, tout enfant, né en France, était

Français; et nous avons déjà remarqué que la rédaction de cette partie de notre article pourrait bien avoir été faite encore sous l'influence et sous la préoccupation de cet ancien principe aujourd'hui abrogé.

167. — Une femme française a épousé un étranger (art. 19).

L'enfant né de son mariage, pourra-t-il invoquer l'article 10?

Pour la négative, on objectera que cet enfant, suivant la condition de son père, est dès lors un enfant *né d'un étranger*.

« C'est la filiation paternelle, dit M. Alauzet, qui règle « exclusivement la nationalité dans la loi française; il « est donc sans importance aucune dans cette matière, « de savoir ce qu'était ou ce qu'a été la mère. » (N° 31.)

L'argument est, j'en conviens, très-fort; et pourtant la doctrine contraire me paraîtrait préférable :

D'une part, en effet, le texte dit : né *d'un Français;* or, ce mot, nous l'avons vu, comprend *la femme* aussi bien que *l'homme* (*supra,* n° 149); d'autre part, cet enfant se rattache probablement, par sa mère, à des familles françaises; il eût été Français par elle, si le mariage ne lui eût enlevé cette qualité; les motifs de la loi semblent donc aussi militer en faveur de cette interprétation de son texte (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 214; Coin-Delisle, *Revue crit. de Législ.*, 1865, t. XXVI, p. 307-308).

167 *bis.* — Dès avant le Code Napoléon, la loi des 9-15 décembre 1790 avait fait, du principe consacré par notre article 10, une application très-notable et beaucoup plus extensive encore, en ce qui concerne les descendants des religionnaires fugitifs.

L'article 22 de cette loi est ainsi conçu :

« Toutes personnes qui, nées en pays étranger, descen- « dent, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou « d'une Française expatriés pour cause de religion, sont

« déclarés naturels français, et jouiront des droits atta-
« chés à cette qualité, si elles reviennent en France, y
« fixent leur domicile, et prêtent le serment civique[1].
« Les fils de famille ne pourront user de ce droit sans
« le consentement de leurs père, mère, aïeul ou aïeule,
« qu'autant qu'ils seront majeurs et maîtres de leurs
« droits. »

Et cette disposition a été confirmée par l'article 2 du titre II de la Constitution des 13-14 septembre 1791.

Ainsi, d'après ces textes :

D'une part, les descendants, *à quelque degré que ce soit*, d'un Français ou d'une Française, même mariée à un étranger (*supra*, n° 167), expatriés pour cause de religion, peuvent devenir Français, en remplissant les formalités indiquées, à quelque époque que ce soit, puisque aucun délai ne leur est imparti à cet effet ;

Et d'autre part, ces formalités une fois remplies, ils sont déclarés *naturels français*, expressions fort usitées dans les actes législatifs antérieurs à notre Code, pour désigner les Français d'origine ; c'est-à-dire, que, à l'égard de ceux du moins qui sont nés depuis la promulgation de cette loi, ils sont réputés n'avoir jamais été étrangers (comp. Cass., 17 juin 1813, Marconnay ; Merlin, *Répert.*, v° *Religionnaires*, § 10, n° 7 ; Consultation de M. Desèze, Sirey, 1811, I, 290 ; Fœlix, *Revue de dr. franç. et étr.*, 1845, t. II, p. 323, n° 8).

Rien d'ailleurs n'autoriserait à dire que la disposition de la loi de 1790, confirmée par la Constitution même de 1791, avait un caractère temporaire et transitoire ; et comme elle constitue une loi spéciale dans son objet, la conséquence en est qu'elle existe encore aujourd'hui, et qu'elle continuera d'exister, tant qu'elle n'aura pas été abrogée expressément ou tacitement.

Cette conséquence n'est pas sans importance ; car, il

1. Le serment civique ne se prête plus aujourd'hui.

existe, en Europe, en Allemagne surtout, un assez grand nombre de familles, qui ont cette origine (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 217).

168. — 3° D'après l'article 12 : *L'étrangère qui aura épousé un Français, suivra la condition de son mari.*

Le législateur a pensé, avec raison, que la femme qui, par le mariage, confond sa destinée avec celle de son mari, veut également s'associer à sa nationalité; cette communauté de patrie entre époux est, sous tous les rapports, logique et désirable.

Nous reviendrons, au reste, sur ce point, en expliquant l'article 19 (*infra*, n° 183).

168 *bis.* — La question s'est élevée de savoir si l'étrangère, qui est devenue Française par son mariage avec un Français, perd cette qualité, et redevient étrangère par le décès de son mari.

Le doute est venu de l'article 19, qui dispose, comme nous allons le voir, que la femme française, qui est devenue étrangère par son mariage avec un étranger, si elle devient veuve, recouvre la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre, avec l'autorisation du Chef de l'État, en déclarant qu'elle veut s'y fixer (*infra*, n° 170); et on a proposé d'appliquer, réciproquement, cette disposition par analogie, à la femme étrangère, qui est devenue Française par son mariage avec un Français. (Comp. Serrigny, *Traité de droit public*, t. I, p. 149.)

Mais la solution contraire paraît avoir prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence; et très-justement, suivant nous :

Des termes absolus de l'article 12, il résulte, en effet, que la femme étrangère, qui a épousé un Français, est devenue Française; et elle ne peut, dès lors, perdre ensuite cette qualité qu'en vertu d'une cause reconnue par la loi;

Or, il n'existe, pour cette hypothèse, aucun texte sem-

blable à celui de l'article 19, qui statue sur une hypothèse inverse et toute différente;

Donc, la nationalité, acquise à la femme étrangère, par suite de son mariage avec un Français, subsiste après la dissolution du mariage par la mort du mari, et ne peut se perdre que de la manière ordinaire dont se perd, en général, la qualité de Français. (Comp. Paris, 21 mars 1862, de Rohan-Fenis, D., 1862, II, 411; Cass., 22 juill. 1863, mêmes parties, Dev., 1863, I, 430; Coin-Delisle, art. 12, n° 3; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, § 56; Aubry et Rau, t. I, p. 236; Legat, *Cod. des étrangers*, p. 400; Alauzet, *De la qualité de Français*, p. 110, n° 121.)

169. — 4° D'après l'article 18 : *Le Français, qui aura perdu sa qualité de Français, pourra toujours la recouvrer, en rentrant en France avec l'autorisation de l'Empereur, et en déclarant qu'il veut s'y fixer et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française.*

Le Code Napoléon accorde ici à *l'ex-Français* lui-même la faveur, qu'il a déjà accordée à l'enfant né de lui (art. 10, p. IIe). Le texte pourtant ajoute en outre, pour le cas actuel, la nécessité d'obtenir l'autorisation de l'Empereur; et nous allons bientôt nous expliquer à cet égard (*infra*, n° 171).

Remarquons encore que l'article 18 n'est applicable qu'au Français, qui aurait perdu sa qualité par l'un des trois modes indiqués dans l'article 17.

Mais l'article 21 refuse cette faveur au Français, qui aurait perdu sa qualité *pour avoir pris du service militaire chez l'étranger ou s'être affilié à une corporation militaire étrangère;* celui-ci, moins digne, en effet, d'intérêt et d'indulgence, *ne peut rentrer en France qu'avec l'autorisation de l'Empereur et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen.*

Toutefois, sur ce dernier point, l'article 12 du décret du 26 août 1811 me paraît avoir modifié notre article 21

du Code Napoléon, et laissé au chef du Gouvernement le pouvoir de dispenser le Français de ces conditions, en lui accordant *des lettres de relief*. Telle est aussi l'opinion de Demante (*Revue étrangère et française de législation*, t. VII, p. 424), et de M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 128, et Explicat. somm. du liv. I, p. 16).

Ces mots de l'article 18 : *et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française*, se référaient surtout à une disposition qui a disparu du Code Napoléon, et qui faisait résulter la perte de la qualité de Français de l'affiliation à une corporation exigeant des distinctions de naissance. Mais cette condition devrait encore être maintenue, dans le cas où le Français devenu étranger, et qui voudrait recouvrer sa qualité perdue, serait revêtu, en pays étranger, de fonctions, de titres quelconques, qu'il ne pourrait pas conserver comme Français, du moins sans autorisation de l'Empereur (art. 17, 2°).

170. — 5° Enfin, aux termes de l'article 19, la femme française, devenue étrangère par son mariage avec un étranger, peut, si elle devient veuve, recouvrer la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre avec l'autorisation de l'Empereur, en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

Si elle devient veuve, dit le texte.

Mais supposez que son divorce a été prononcé en pays étranger?

Il me semble que le bénéfice de la loi s'adresse surtout à la femme *devenue libre*, et que ces mots, dans la pensée essentielle du législateur, désignent seulement le mode le plus général de dissolution du mariage, sans exclure pour cela les autres. Remarquez qu'à l'époque de la promulgation du Code Napoléon, le mariage pouvait aussi, chez nous, être dissous par le divorce (art. 227; Lyon, 11 mai 1835, Maurer, Dev., 1835, II, 191; Duranton, t. I, n° 193; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 244).

171. L'autorisation est-elle nécessaire à la femme,

qui réside déjà en France? Ne devient-elle pas Française, de plein droit, par cela seul qu'elle continue d'y résider?

On peut généraliser cette question et l'appliquer aux autres modes d'acquérir ou de recouvrer la qualité de Français, que nous venons d'exposer d'après les articles 9, 10, 12, 18, 19 et 21 du Code Napoléon :

L'autorisation est-elle, dans tous ces cas, également nécessaire?

Pour l'affirmative, on a invoqué le décret du 17 mars 1809, confirmé aujourd'hui par la loi du 3 décembre 1849, et les principes de notre droit public, qui placent, dit-on, dans les attributions discrétionnaires du chef de l'État, le pouvoir d'apprécier s'il convient de conférer à l'étranger le bienfait de la naturalisation. On pourrait citer aussi, en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation (1er août 1836, Hubert, Dev., 1836, I, 859), et même encore l'article 2 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, qui porte que tout individu, né en France, de parents étrangers, sera soumis aux obligations imposées par la présente loi, *immédiatement après qu'il aura été admis à jouir du bénéfice de l'article 9 du Code Napoléon* (comp. Guichard, *Des droits civils*, n° 78; D., *Rec. alph.*, v° *Droits civils*, n° 20).

Je pense néanmoins que les articles du Code Napoléon créent, pour acquérir ou pour recouvrer la qualité de Français, des modes spéciaux et particuliers, auxquels on ne peut pas ajouter d'autres conditions que celles qu'ils exigent. Voilà pourquoi on a dit, avec raison, que, dans ces divers cas, la qualité de Français résultait du *bienfait de la loi*, pour indiquer que ce bienfait est effectivement concédé par la loi elle même, sous les seules conditions qu'elle détermine. Ces conditions, d'ailleurs, ne sont pas toujours les mêmes; ainsi, l'autorisation est exigée par les articles 18, 19 et 21; c'est un motif de plus pour en conclure qu'elle n'est pas exigée dans le cas des articles

9, 10, 12, et dans le cas prévu par l'article 19, où la femme qui devient veuve, réside déjà en France. (Comp. Cass. 13 janv. 1873, Ghezzi, Dev., 1873, I, 13.)

On ne prétendrait pas assurément que la femme étrangère, qui épouse un Français, a besoin d'autorisation pour devenir Française (art. 12) ; comp. Bourges, 4 août 1874, Sobolowski, Dev., 1875-2-69).

Eh bien! il en est de même des articles 9, 10 et 19; c'est, dans toutes ces hypothèses, le même principe et la même cause, savoir : la concession immédiate, le bienfait direct de la loi elle-même, sous les seules conditions qu'elle y a mises. (Comp. Cass., 9 mars 1863, Formann, Dev., 1863, I, 224.)

Remarquons, enfin, que le décret du 17 mars 1809 se référait positivement au mode général de naturalisation, qui était réglé par la loi du 22 frimaire an VIII, et que, par conséquent, il ne devait pas être appliqué aux modes particuliers régis par le Code Napoléon; et quant à la loi du 21 avril 1832, je pense qu'elle se réfère uniquement au Code Napoléon, sans vouloir le changer ni le modifier (comp. Cass., 19 mai 1830, Taaffe, D., 1830, I, 245; Cass., 19 août 1844, le maire de Saint-Florent, Dev., 1844, I, 776; Paris, 11 déc. 1847, Kuhn, Dev., 1848, II, 49; *Trib. civ. de Prades*, 27 janv. 1857, Galard, *Moniteur des tribunaux* du 22 fév. 1857; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 211; Beudant, *De la Naturalisation*, n° 3, *Revue crit. de législ.*, 1855, t. VII, p. 113 et suiv.).

172. — Nous venons d'exposer les différentes conditions de l'accomplissement desquelles résulte, suivant les cas, la *naturalisation*, en prenant ce mot dans un sens étendu, c'est-à-dire l'acquisition de la qualité de Français par un individu actuellement étranger.

Mais que décider, si ces conditions n'ont pas été remplies?

La qualité de Français ne sera-t-elle jamais acquise autrement, dans aucun cas, en aucun temps?

Ceci nous amène à l'examen d'une situation très-fréquente aujourd'hui et très-grave (comp. le remarquable article de M. Robinet de Cléry : *Conflits de nationalités, législation et de juridiction*, dans la *Revue pratique*, 187., p. 174 et suiv.).

Il existe, en France, un nombre considérable d'étrangers, de familles étrangères, établis chez nous à perpétuelle demeure, et sans aucun esprit de retour dans leur patrie, ou plutôt qui ont abdiqué leur patrie, qui ont perdu leur nationalité, qui ne sont plus ni Allemands, ni Italiens, ni Anglais, et qui ont, en France, les mêmes mœurs, les mêmes habitudes, les mêmes intérêts que les Français..., marchands, banquiers, propriétaires; en un mot, il est très-souvent impossible de les distinguer des Français.

Et pourtant, ils n'ont point rempli, ni leurs auteurs, ni eux-mêmes, les conditions requises par la loi pour être naturalisés.

Quel est donc leur état? quelle est leur condition?

Trois opinions se sont produites :

La première enseigne qu'ils sont naturalisés par l'effet de cette longue possession d'état de la qualité de Français. De même que, d'après l'article 17, n° 3, la qualité de Français se perd par tout établissement fait par un Français, en pays étranger, sans esprit de retour; de même, elle doit réciproquement s'acquérir par tout établissement semblable fait par un étranger, en France. Il devra surtout en être ainsi, lorsque les étrangers auront été soumis à toutes les charges qui pèsent sur les Français, lorsqu'ils auront, eux ou les leurs, servi dans nos armées, exercé les droits politiques, occupé des emplois publics, siégé même peut-être dans nos assemblées législatives! Dans ce cas, il se sera opéré une sorte de contrat tacite entre le gouvernement et ces étrangers admis ainsi à l'égal partage des bénéfices et des charges de la société française. (Comp. Marcadé, art. 17.) Un résultat contraire ne serait-il pas injuste et déplorable!

Un second système a imaginé, pour ces individus, une situation équivoque, mixte ou neutre, on ne sait trop, et dans laquelle ils ne seraient ni tout à fait Français, ni tout à fait étrangers. Tel serait l'*incolat* proposé par Proudhon (t. I, p. 190, 202), qui reconnaît ainsi à l'étranger une sorte de patrie en France, par l'effet d'une résidence prolongée, sans esprit de retour dans son pays. Voici les principales conséquences que l'auteur déduit de sa théorie : 1° les enfants de cet étranger naîtront Français ; 2° son état et sa capacité personnelle seront régis par la loi française ; 3° il ne sera point passible de la contrainte par corps, *comme les étrangers ordinaires ; car il n'est plus un étranger proprement dit et dans toute l'étendue de l'expression ;* 4° mais il sera traité comme un étranger, *dans tout ce qui est relatif à la successibilité,* etc....

Je n'adopterais, en ce qui me concerne, ni l'une ni l'autre de ces opinions ; et je pense, au contraire, que ces étrangers, tant qu'ils n'ont pas rempli les conditions exigées pour acquérir la qualité de Français, doivent être traités entièrement comme *des étrangers ordinaires* (comp. *Tribun. civ. de la Seine,* 21 août 1867, Ott, *le Droit*, du 18 octobre 1867).

Mais, avant tout, je ferai deux observations :

1° Je suppose, bien entendu, que l'extranéité est prouvée ; je suis le premier à reconnaître que, lorsqu'on viendra contester la nationalité d'une famille depuis longtemps établie en France, on devra tenir très-grand compte de la possession d'état, de ce titre le plus puissant de tous, et quelquefois le seul possible en cette matière (arg. des art. 197 et 321 ; *supra*, n° 154 ; Cass., 30 mai 1804, le maire de Corte, D., 1834, I, 272 ; *voy.*, toutefois, aussi Cass., 26 janv. 1835, le maire de Corte, D., 1835, I, 121).

Je suppose qu'il est prouvé que cette famille est d'une origine étrangère, et que jamais, par aucun de ses auteurs, elle n'a été légalement naturalisée en France.

2° Ce que je vais dire s'applique à notre législation

nouvelle et actuelle, qui exige un fait légal pour que la naturalisation s'accomplisse. Je ne parle pas de l'ancien droit, sous lequel l'enfant, né en France de l'étranger, était Français, ni de la Constitution du 3 septembre 1791, qui déclarait Français l'étranger, après cinq ans de domicile dans le royaume, s'il y avait acquis des immeubles ou formé un établissement, ni moins encore de la Constitution du 24 juin 1793, qui déclarait Français l'étranger domicilié en France depuis une année, et y vivant de son travail. (Comp. Cass., 28 avril 1836, Onslow, Dev., 1836, I, 749.)

Je pose seulement la question sous l'empire de la législation actuelle; or, aujourd'hui il n'existe, à ma connaissance, qu'une hypothèse, dans laquelle le seul fait du séjour en France fasse acquérir ou plutôt recouvrer la qualité de Français; c'est celle de l'article 19, 2e partie, et encore, ce point-là est-il contesté (Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 244); mais, dans tous les autres cas, nous avons vu que les lois exigent l'accomplissement de certaines conditions, plus ou moins sévères, suivant les cas, mais enfin toujours nécessaires (Cass., 26 février 1838, commune d'Avioth, Dev., 1838, I, 280). Je n'admettrais donc pas l'argument *a pari*, tiré de l'article 17; la naturalisation est un acte politique, qui ne me paraît pouvoir se réaliser que par l'accomplissement des conditions légales; autrement, on n'a plus de règle; et on ne voit pas pourquoi des conditions auraient été exigées, si, en dehors de ces conditions et sans elles, la naturalisation pouvait légalement s'opérer.

Mais, dit-on, cela n'est-il pas bien injuste! Convient-il de rejeter tout à coup, de repousser comme étrangers ceux qui ont supporté pendant longtemps toutes les charges de l'État!

Je ferai, à cet argument, deux réponses :

1° Il faut éviter, dans l'application des lois, de se laisser entraîner trop facilement par ces sortes de considéra-

tions qui, sans doute, ont leur puissance, mais qui ne manquent pas non plus de danger. Après tout, c'est le résultat général de l'inobservation des formalités exigées par la loi; il fallait les remplir! pourquoi ne les a-t-on pas remplies?

2° Pourquoi? parce que le plus souvent, dans ce cas, on aura voulu profiter des avantages de la société française sans en supporter les charges; et c'est là, en effet, l'une des faces les plus importantes de la question qui nous occupe.

Beaucoup d'étrangers s'établissent parmi nous; grâce à la douceur de notre climat, de nos mœurs, de nos lois, les plus hospitalières et les plus libérales peut-être de toutes les lois envers les étrangers, ils jouissent sur notre sol, à peu près, des mêmes avantages et des mêmes droits que les Français.

Mais viennent les charges! vienne l'obligation du jury et du service militaire! oh! alors, ils sont étrangers! ils revendiquent leur extranéité! et c'est ainsi que tous les ans, en France, sept ou huit cents jeunes gens au moins échappent à cet impôt, qu'on a appelé l'impôt du sang!

Et cette situation inique devient elle-même pour eux la source d'autres avantages ou plutôt de priviléges; car ils sont préférés aux nationaux dans les manufactures : et même, dans les familles, les meilleurs mariages sont pour eux! précisément parce que leur exemption du service militaire assure leur position et leur avenir!

Il était impossible que cette inégalité n'excitât point de vives réclamations; aussi, plusieurs fois, soit dans les chambres législatives, soit dans les tribunaux, dès longtemps avant la loi du 7 février 1851, avait-on fait des efforts pour soumettre ces individus à l'obligation du jury et du service militaire.

Mais on avait toujours considéré qu'ils étaient étrangers, et que les principes du droit, d'accord avec l'intérêt politique et la raison d'État, s'opposaient à ce qu'ils

fussent admis sur les listes du jury et dans les rangs de l'armée (*Moniteur* du 20 fevrier 1838 ; Cass., 28 octobre 1824, Lang; Cass., 29 janv. 1825, Reix, D., 1825, I, 38 et 165 ; Cass. 1er août 1836, Hubert, Dev., 1836, I, 859).

Aussi, la loi du 21 mars 1832 décide-t-elle que *nul ne sera admis à servir dans les troupes françaises, s'il n'est Français* (art. 2). Seulement, d'après l'article 10 de la loi du 22 mars 1831 sur la garde nationale, *pouvaient être appelés à faire le service les étrangers admis à la jouissance des droits civils, conformément à l'article 13 du Code Napoléon, lorsqu'ils auront acquis, en France, une propriété, ou qu'ils y auront formé un établissement* (*voy.* aussi l'art. 8 du décret du 11 janvier 1852). Mais remarquez qu'en l'absence de ces conditions, ils n'étaient pas admissibles même dans les rangs de la garde nationale (Cass., 10 juill. 1834, Bazile, D., 1834, I, 375; Cass., 24 janv. 1835, Perpignan, D., 1835, I, 122).

Eh bien ! il est évident que cette situation n'était pas bonne; chaque société impose, en échange des avantages et de la protection qu'elle accorde, des obligations, sans lesquelles cette protection même serait impossible. Il n'est pas juste, il n'est pas loyal de recueillir les avantages et de s'affranchir des charges.

Aussi, loin de traiter tous ces individus plus favorablement que les *étrangers ordinaires,* suivant l'expression de Proudhon, nous avions pensé, au contraire, qu'il fallait leur appliquer, dans toute leur étendue, les règles qui concernent les étrangers.

En conséquence, nous décidions : 1° que leurs enfants, que leurs descendants naîtraient étrangers ; et que c'était à eux de songer aux embarras qu'ils préparaient, dans l'avenir peut être, à leur postérité, par leur négligence ou plutôt même peut être par leur calcul égoïste; 2° qu'ils étaient soumis à fournir la caution *judicatum solvi* (art. 16) ; 3° qu'ils étaient contraignables par corps, comme tous les autres étrangers, et

dans les mêmes cas (loi du 17 avril 1832, titres III et IV).

Quant à la capacité personnelle de ces étrangers, tant qu'ils ne sont pas naturalisés, nous croyons qu'elle serait régie par la loi française, si, en effet, ils n'appartiennent plus à aucune patrie. Il faut bien alors, en effet, que notre loi les régisse sur ce point. Nous n'avons, en cela, aucun intérêt contraire; bien plus, c'est l'intérêt même de nos nationaux qui l'exige ainsi. Voilà pourquoi nous pensons également que les successions, même mobilières, de ces étrangers ainsi établis en France, devraient être régies par la loi française (*supra*, n° 96), la seule loi souvent qui pourra leur être applicable.

C'est précisément pour remédier, le plus tôt possible, aux inconvénients si considérables de la situation, que nous venons de décrire, qu'a été décrété l'article 1 de la loi du 7 février 1851, qui déclare Français tout individu né en France d'un étranger, qui lui même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra sa majorité, il n'ait réclamé la qualité d'étranger (*supra*, n°s 165 *bis* et suiv.).

173. — N° 2. Il nous reste à parler des effets de la naturalisation.

Et d'abord, il faut dire que ces effets ne remontent point dans le passé et ne commencent, pour l'avenir, qu'à dater de la naturalisation acquise.

L'article 20 le déclare ainsi pour ceux-là même qui *recouvrent* la qualité de Français précédemment perdue.

La loi n'a pas voulu que la rétroactivité de la naturalisation, en renversant des droits acquis, portât le trouble dans les familles et même dans l'État (*voy.* néanmoins *supra*, n° 163; l'art. 3, alin. 2, de la loi du 28 mai 1853, sur la caisse des retraites ou rentes viagères pour la vieillesse).

Toutefois, n'y a-t-il pas une différence à faire, à cet égard, entre les lettres de naturalisation et les lettres de naturalité? Celles-ci ne se bornent-elles pas à reconnaître, à déclarer la qualité de Français antérieurement préexistante?

Cette distinction résultait, en effet, de la loi du 14 oc-

tobre 1814. (Comp. Cass. 4 mai 1836, Bart, Dev., 1836, I, 860; Paris, 11 déc. 1847, Kuhn, Dev., 1848, II, 49; Cass., 22 mars 1853, comm. de Chauveney, Dev., 1853, I, 478; *voy.* aussi Foucart, t. I, p. 198.)

Mais depuis l'abrogation de la loi du 14 octobre 1814, nous ne croyons pas que cette distinction doive être faite; et les lettres de relief ne nous paraissent elles-mêmes restituer que pour l'avenir la qualité de Français à celui qui l'avait perdue (Comp. art. 4 de la loi du 3 décembre 1849; *supra*, n° 160 5°; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 125; Duranton, t. I, n°s 197, 198.)

174. — Par la naturalisation, l'étranger devient Français, apte à jouir non seulement des droits civils, mais aussi des droits politiques.

C'est-à-dire qu'il devient citoyen en même temps que Français.

Nous avons même pensé qu'il n'y avait plus lieu aujourd'hui de maintenir la distinction qui résultait de l'Ordonnance du 4 juin 1814 entre la *naturalisation simple* et la *grande naturalisation*, et que, en conséquence, une loi n'est pas nécessaire pour que l'étranger naturalisé puisse siéger au Sénat ou au Corps législatif (*supra*, n° 160 *quater*). C'est ainsi que le prince Poniatowski, après avoir été naturalisé par un décret impérial du 22 octobre 1854, a été élevé à la dignité de sénateur par un autre décret du 4 décembre suivant.

174 *bis.* — L'étranger naturalisé devient, disons-nous, Français pour l'avenir; et il est, en conséquence, désormais soumis aux lois françaises, qui ont le caractère d'un statut personnel (comp. Chambéry, 19 nov. 1877, Duchesne, Dev., 1878-2-5).

175.—Les effets de la naturalisation sont-ils exclusivement personnels à l'étranger lui-même, qui l'a obtenue?

Un étranger marié, et père d'enfants mineurs, se fait naturaliser en France...; sa femme et ses enfants deviendront-ils Français?

Et réciproquement, un Français se fait naturaliser en pays étranger...; sa femme et ses enfants mineurs deviendront-ils étrangers?

Je vais de suite m'expliquer sur ces deux questions, qui me paraissent gouvernées par les mêmes principes. Richelot le reconnaît aussi (t. I, p. 118), quoiqu'il regrette de ne pouvoir pas distinguer entre le cas où l'étranger devient Français, pour naturaliser alors avec lui toute sa famille, et le cas, au contraire, où le Français devient étranger, pour conserver alors à sa femme et à ses enfants leur nationalité française.

Cette distinction, en effet, ne me paraît pas possible.

Cela posé, j'examine la question : 1° à l'égard de la femme; 2° à l'égard des enfants.

1° Plusieurs jurisconsultes ont enseigné que la femme devait, dans tous les cas, *suivre* la nationalité du mari. (Comp. Proudhon, t. I, p. 452; Massé, *Dr. com.*, t. III, n° 48; Zachariæ, § 166, note 7; Mailher de Chassat, 193; Fœlix, *Droit intern.*, t. I, p. 93, et *Rev. étr.*, t. X, p. 446.)

Et cette doctrine a été aussi présentée dans une série d'articles fort bien faits de la *Revue pratique de droit français* (par M. Varambon, 1859, t. VIII, p. 50 et suiv.; p. 65 et suiv., et p. 130 et suiv.).

Nous croyons toutefois, pour notre part, que les textes et les principes exigent que le changement de nationalité du mari, depuis le mariage, soit sans influence sur la nationalité de la femme :

L'ÉTRANGÈRE, *qui aura épousé* UN FRANÇAIS, dit l'article 12; — *la femme* FRANÇAISE, *qui épousera* UN ÉTRANGER, dit l'article 13. Donc, ce n'est qu'au moment même du mariage, que la nationalité du mari devient celle de la femme; alors, en effet, la femme consent à ce changement en même temps qu'au mariage.... *étrangère*, en épousant un *Français*; *Française*, en épousant *un étranger*. Il en est tout autrement ensuite; et l'on ne saurait

admettre que la seule volonté du mari puisse la dépouiller de cette qualité essentiellement personnelle.

Aussi a-t-il été reconnu, dans le conseil d'État, que l'article 214 imposait bien à la femme le devoir de suivre son mari *partout*, même en pays étranger, mais qu'elle conservait néanmoins sa qualité de Française.

Il faudrait donc se montrer très-difficile pour la lui enlever, lors même que le mari aurait perdu sa qualité de Français, pour avoir formé, en pays étranger, un établissement sans esprit de retour (art. 17, 3°), puisque la femme ne fait, en suivant son mari, que remplir ses devoirs d'épouse; il faudrait, dans ce cas, que la femme elle-même eût témoigné, d'une manière non équivoque, la perte de l'esprit de retour.

Quelques arrêts semblent contraires à la doctrine que je viens d'établir (Cass., 14 avr. 1818, Vankerke, Sirey, 1819, I, 193; Metz, 25 août 1825, de Masbourg, Sirey, 1827, II, 192; Paris, 24 août 1844, Lusardi, Dev., 1844, II, 568).

Mais ils ont été rendus par application de la loi du 14 oct. 1814, relative au démembrement des anciennes provinces réunies à la France depuis 1791 ; au reste, même dans cette spécialité, ces décisions, je l'avoue, me paraissent encore contestables (*Infra*, n°s 178 et 180, comp. notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 3; Paris, 16 déc. 1845, Plasse, Dev., 1846, I, 100; Douai, 3 août 1858, Haüel, Dev., 1858, II, 513; *Observations* de Devilleneuve, *h. l.*; Toulouse, 27 juill 1874, De R..., Dev., 1876-2-149; Blondeau, *Revue de droit franç. et étr.*, 1845, t. II, p. 141-145; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 228; Valette sur Proudhon, t. I, p. 126, note *b*; Demangeat sur Fœlix, *Droit international*, t. I, p. 82, note *a*; Colmet d'Aage, *Revue de droit franç.*, t. I, p. 401; Demante, t. I, n° 36 *bis*; Legat, *Code des étr.*, p. 54, 402).

2° La solution doit être la même à l'égard des enfants mineurs.

La nationalité est une qualité personnelle, une partie

essentielle de l'état des enfants; c'est la loi qui la leur confère; et elle n'attribue à aucun représentant le pouvoir de l'aliéner en leur nom. Ce n'est donc qu'à leur majorité (art. 9), et par une manifestation libre et personnelle de leur volonté, qu'ils peuvent eux-mêmes l'abdiquer. (Lyon, 10 mars 1875, Favre, Dev., 1876-2-21; Toulouse, 26 janv. 1876, Préfet de l'Ariège, Dev., 1876-2-177; Bordeaux, 24 mai 1876, Forgo, Dev., 1877-2-109; *Journal de droit international privé*, 1878, p. 622).

Il est vrai que cette solution peut parfois produire des résultats fâcheux, et introduire, par exemple, dans la famille des incapacités choquantes, si on suppose qu'il existe des prohibitions de succéder et de transmettre entre les habitants des deux pays différents, auxquels appartiennent désormais les enfants d'une part, et, d'autre part, le père, la mère et les autres enfants conçus depuis la naturalisation. Il est un cas particulièrement où il semblerait très-souhaitable que l'enfant mineur suivît la condition du parent qui exerce sur lui la puissance paternelle; c'est celui de l'article 19, où la femme française, mariée à un étranger et devenue veuve, rentre en France avec des enfants mineurs, puisqu'alors la mère et toute la famille maternelle de ces enfants est Française. Aussi, M. Duvergier, dans une dissertation insérée dans le recueil de de Devilleneuve (1832, II, 641), professe-t-il que les enfants alors deviennent aussi Français.

Mais il n'est guère de solution qui ne présente quelques inconvénients; et par exemple, dans ce dernier cas, ne puis-je pas objecter, à mon tour, que la famille paternelle de ces enfants est étrangère?

Le plus sûr est donc de s'en tenir aux véritables principes, qui ne permettent pas aux père et mère de changer ni de modifier l'état de leurs enfants (Grenoble, 16 déc. 1828, Perregaux, D., 1829, II, 73; Paris, 23 juin 1859, Dausoigne-Méhul, Dev., 1860, II, 261; Cass., 5 mai 1862, Préfet du Nord, Dev., 1862, I, 657).

Ces principes ont été virtuellement consacrés par la loi du 7 février 1851, dans son article 2, d'après lequel les enfants mineurs de l'étranger naturalisé sont admis à réclamer, après leur majorité, la qualité de Français, par application de l'article 9 du Code Napoléon. (*Supra*, nos 165, 6° et 7°.)

CHAPITRE II.

COMMENT LES PERSONNES QUI JOUISSENT DES DROITS CIVILS PEUVENT EN ÊTRE PRIVÉES.

SOMMAIRE.

176. — La privation des droits civils résulte 1° de la perte de la qualité de Français; 2° de certaines condamnations judiciaires.

176. — Les droits civils étant établis, principalement et avant tout, pour les Français (*supra*, n° 138), doivent, en conséquence, se perdre, comme nous venons de voir qu'ils s'acquièrent, avec la qualité de Français.

D'autre part, le législateur peut sans doute et doit même infliger la privation des droits civils à ceux qui portent le trouble dans le pays, et qui violent ainsi les conditions, sous lesquelles seulement ces droits peuvent être concédés et garantis dans l'ordre social.

La privation des droits civils résulte donc:

1° De la perte de la qualité de Français;

2° De certaines condamnations judiciaires.

SECTION I.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

SOMMAIRE.

177. — La perte de la qualité de Français peut résulter 1° du démem-

177. — La perte de la qualité de Français peut résulter :

1° Du démembrement d'une partie du territoire français;

2° De certaines causes déterminées par le Code Napoléon, dont nous exposerons d'abord les articles, pour parler ensuite, séparément, des deux célèbres décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811.

§ I.

De la perte de la qualité de Français par suite du démembrement d'une partie du territoire français.

178. — On conçoit que le Code Napoléon, qui ne s'est pas occupé de l'acquisition de la qualité de Fran-

çais, par suite de l'accroissement du territoire national (*supra*, n° 157), ait encore moins prévu l'hypothèse néfaste d'un démembrement, à cette époque surtout où la France, dans tout l'éclat de la gloire et des conquêtes, reculait chaque jour ses limites. Cette hypothèse pourtant s'est réalisée, et même avec une circonstance spéciale, puisque le démembrement opéré en 1814 a détaché de la France des provinces d'abord étrangères, et qui avaient été réunies elles-mêmes au territoire français depuis 1791.

Dans ces circonstances, c'est d'abord et avant tout le sol, le territoire lui-même, qui est dénationalisé; les individus, les familles ne perdent leur nationalité que secondairement, si je puis dire ainsi, par le résultat, par l'effet de la séparation territoriale, qui soumet à une souveraineté étrangère la partie du sol à laquelle ils sont attachés.

De là, nous avons déjà conclu que, régulièrement, cet effet s'appliquait à tous ceux qui y étaient domiciliés, mais ne s'appliquait qu'à ceux-là.

Ces principes, si on les avait suivis en 1814, auraient produit, eu égard aux différentes situations, les conséquences suivantes :

1° Les habitants des provinces réunies, qui avaient continué d'y demeurer, devaient redevenir étrangers;

2° Les Français qui, depuis l'incorporation, s'étaient établis dans les nouvelles provinces, devaient aussi, logiquement, rigoureusement, devenir étrangers par l'effet de la séparation. — Toutefois, il était convenable, il était juste et politique de laisser aux premiers, mais surtout aux seconds, la faculté de conserver leur qualité de Français, en venant s'établir sur le territoire de la France.

3° Enfin, les habitants des provinces réunies, qui, au contraire, s'étaient établis dans les autres parties du territoire de la France, ne devaient pas perdre leur qualité de Français, par l'effet de la séparation d'un territoire auquel ils n'étaient plus attachés.

Ces principes toutefois n'ont pas été appliqués par la loi du 14 octobre 1814, qui considérait comme étant redevenus étrangers, ou bien plutôt comme n'ayant jamais cessé de l'être, même ceux des habitants des provinces réunies, qui s'étaient établis dans l'intérieur du royaume, qui y avaient formé des établissements, qui y occupaient même des fonctions publiques! cette loi les dispensait seulement d'une partie des conditions imposées, en général, à l'étranger pour devenir Français, et particulièrement autorisait le Roi à leur accorder des lettres de *déclaration de naturalité* (*voy.* ladite loi).

Je pense, avec M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 129), que ce système était bien plutôt rigoureux que favorable.

On a entrepris de le justifier, en théorie, par une distinction entre le cas où la réunion du territoire, qui se sépare de nouveau, a été d'abord opérée par une cession volontaire, par un traité de puissance à puissance, et le cas où la réunion s'était opérée d'abord par la conquête, par une simple mesure législative et unilatérale du peuple vainqueur. On a dit que, dans ce dernier cas, la restitution emporte, par sa nature, l'aveu que l'État, qui restitue, n'a jamais eu aucun droit de souveraineté sur la province rendue, et que tous les effets de la réunion doivent être en conséquence résolus dans le passé, *quasi iure quodam postliminii* (Coin-Delisle, art. 8, n° 9).

Mais Pothier, loin de faire cette distinction, confond, au contraire, dans la même règle, la réunion une fois consommée et accomplie, soit par la conquête, soit par la cession volontaire (*Des personnes*, part. I, tit. II, sect. II); et il me semble que les principes généraux du droit, d'accord avec les intérêts politiques les plus élevés, s'opposent à ce bouleversement des nationalités acquises, et à toutes ces réactions, qui ne peuvent que porter le trouble dans les familles et dans les États. (Comp. toutefois Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 229, 230.)

Nous ne parlons pas, en effet, de la simple invasion, mais de la conquête, qui a produit, en droit et en fait, l'incorporation, l'assimilation des territoires, et qui a pu ainsi recevoir la puissante consécration du temps!

N'est-il pas bien déplorable, par exemple, qu'il ait fallu, tout d'un coup, considérer comme étrangers les habitants des départements réunis à la France depuis 1791, et qui, Français depuis cette époque, s'étaient établis dans l'intérieur du royaume, y avaient fondé des établissements, contracté des mariages, et y occupaient depuis plusieurs années peut-être, les emplois publics les plus importants!

Et les enfants, qu'ils avaient eus depuis la réunion, depuis leur établissement dans l'intérieur de la France, ces enfants nés par conséquent *en France*, nés d'un *Français* domicilié sur un territoire français, ces enfants devaient-ils donc aussi devenir étrangers, par l'effet de la séparation de cette partie d'un territoire, que leur père avait habité autrefois, et qu'il avait quitté longtemps peut-être avant leur naissance? cette conséquence du système de la loi du 14 octobre 1814 a paru si extrême, si exorbitante, qu'on s'est d'abord refusé à l'admettre (Douai, 28 mars 1831, le préfet du Nord, D., 1831, II, 223); elle a prévalu pourtant; et on a déclaré étrangers même les enfants dont je parle! (Lyon, août 1827, Minist. public, D., 1828, II, 56; Douai, 16 nov. 1829, Marlier, D., 1830, II, 119; Cass., 18 juillet 1834, préfet de Seine-et-Marne, D., 1834, I, 305; Ordonn. en Cons. d'État du 11 février 1842, Dewint, Dev., 1842, II, 550; Cass., 9 juillet 1844, Depraz, Dev., 1844, I, 775; Cass., 7 mai 1849, Salzbourg, Dev., 1849, I, 580.)

Tel est, il faut bien le reconnaître, le résultat du principe une fois admis, que le père de ces enfants est lui-même réputé n'avoir jamais été Français, s'il n'a pas rempli les conditions imposées par la loi du 14 octobre 1814; mais j'avoue qu'il m'est impossible d'y applaudir.

La Cour de cassation, par son arrêt précité de 1834, approuve, à ce propos, tout le système de la loi du 14 octobre 1814 ; par le double motif :

1° Qu'il est naturel que les mêmes événements militaires et politiques, qui avaient réuni les choses et les hommes, séparent ensuite aussi les hommes et les choses ;

2° Qu'il n'y a pas, en cela, d'effet rétroactif, attendu que *tout ce qui, comme l'état des personnes et la nationalité, a un trait successif, et continue à s exercer dans le temps à venir, demeure toujours sous l'empire des événements et des lois futures.*

Mais il me semble qu'il est facile de répondre :

1° Que, précisément, il est de la nature de ces grands faits politiques, de ces événements généraux, d'agir sur les territoires, sur les masses, et non pas d'aller rechercher les individus personnellement, lorsqu'ils ne dépendent plus du territoire restitué;

2° Qu'il est tout à la fois inexact et dangereux de dire que l'état et la nationalité des personnes demeurent soumis aux lois futures, en ce sens que ces lois pourraient détruire rétroactivement l'état une fois acquis, la nationalité une fois conférée (*supra*, n° 41).

Nous avons vu, d'ailleurs, plus haut que cette loi du 14 octobre 1814 a été abrogée par l'article 4 de la loi du 31 décembre 1849 (*supra*, n° 160 *quinter*).

178 *bis*. — Hélas! depuis que nous avons écrit les lignes, qui précèdent, le douloureux Traité du 10 mai 1871 a séparé de la France deux de ses plus belles et plus chères provinces. (Comp. sur ce Traité le remarquable article de M. Robinet de Cléry, *Revue critique de jurisprudence*, 1873, p. 220 ; 1875, p. 317 ; 1876, p. 89).

§ II

De la perte de la qualité de Français d'après le Code Napoléon. — Des décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811.

179. — Les articles 17, 19 et 21 du Code Napoléon déterminent cinq manières de perdre la qualité de

Français; nous allons successivement les parcourir :

1° La perte de la qualité de Français résulte de la naturalisation acquise en pays étranger (art. 17, 1°).

On ne peut, en effet, appartenir à deux patries; aussi, le texte n'admet-il pas de protestations contraires, toutes les fois, bien entendu, qu'il s'agit d'un fait de naturalisation certain et absolu (Cass., 17 juillet 1826, Descande, D., 1826, I, 418); car il faut incontestablement, d'ailleurs, que le Français ait eu la volonté d'acquérir la nationalité étrangère; il ne suffirait pas que cette nationalité lui fût conférée par la loi étrangère, comme conséquence d'un fait qui, d'après la loi française et l'intention personnelle du Français, ne devait point avoir ce résultat. Si donc la loi étrangère nationalisait de plein droit, le Français, par exemple, qui achète un immeuble en pays étranger, ou qui épouse une étrangère, ces actes ne lui feraient perdre sa qualité de français, qu'autant que, par sa conduite personnelle, il prouverait qu'il a librement et sciemment accepté cette nationalité.

Par la naturalisation acquise, dit notre texte.... D'où il faut encore conclure :

1° Que la simple *abdication* ne suffirait pas (comp. Cass., 16 fév., 1875, Du B..., Dev., 1875-I-193);

2° Que la seule autorisation obtenue par un Français de jouir des droits civils en pays étranger, ne lui ferait pas perdre sa qualité de Francais. (Art. 13; *voy.* un article sur l'effet de la *dénisation* en Angleterre, dans le recueil de Sirey, 1822, II, 233; comp. Cass., 19 janv. 1819, Sirey, 1819, I, 174; Cass., 29 août 1822, Sirey, 1825, I, 131; Bordeaux, 14 mars 1850, Charvin, Dev., 1852, II, 561; Paris, 27 juill. 1859, Jullien, *Gazette des tribunaux* du 28 juill. 1859; ajout. Ord. en conseil d'État du 18 nov. 1842, Vignié, Dev., 1843, II, 602);

3° Qu'il en serait de même de la seule demande en naturalisation, tant qu'elle ne serait pas *acquise*, et qu'il y aurait espoir encore de repentir.

180. — 2° La perte de la qualité de Français résulte *de l'acceptation non autorisée par l'Empereur de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.* (Art. 17, 2°.)

Le Français pourrait se trouver ainsi placé entre deux ordres de devoirs différents et contraires peut-être; et il importe que le gouvernement vérifie si ses obligations envers la France sont compatibles avec celles qui résulteraient de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.

Notre texte s'applique particulièrement aux fonctions *politiques, administratives* et *judiciaires*, et *aux services et titres personnels auprès des princes étrangers.* (Décret du 6 avril 1809; les avis du cons. d'État du 14 janv. 1812, et aussi du 7 janv. 1808; Cass., 14 mai 1834, Despine, D., 1834, I, 245.)

C'est donc avec raison qu'on a décidé que l'exercice de la profession d'avocat en pays étranger, sans autorisation de l'Empereur, n'emporte pas la perte de la qualité de Français. (Montpellier, 12 juillet 1826, Travy, D., 1827, II, 140.)

Il en est ainsi, à plus forte raison, de la profession de médecin, d'instituteur. (Comp. Douai, 12 nov. 1844, *J. du P.*, 1846, II, 168; *voy.* toutefois, Legat, *Code des étrangers*, p. 29.)

Cela est évident, quand l'exercice de la profession demeure libre et indépendant.

Mais que décider du médecin français attaché, sans autorisation de l'Empereur, à un hôpital public étranger, avec prestation de serment et traitement?

Même question du Français, professeur ou ministre du culte en pays étranger, et recevant un traitement du gouvernement?

L'opinion la plus accréditée ne fait pas résulter de ces sortes de situations la perte de la qualité de Français, lorsque d'ailleurs le serment prêté n'a rien d'incompatible avec les devoirs du Français envers la France. (Cass.,

15 novembre 1836, l'État, D., 1836, I, 451; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Français*, § 1; Coin-Delisle, art. 17, n° 14.)

Cette opinion est favorable; mais il me paraîtrait néanmoins plus sûr de demander, en pareil cas, l'autorisation de l'Empereur.

Toutes ces circonstances réunies de nomination par un gouvernement étranger, de traitement, de serment prêté, de fonctions enfin, qui ont un certain caractère public, toute cette situation, dis-je, paraît bien rentrer dans les termes de notre article 17, n° 2; lequel, en effet, ne prévoit que des circonstances qui, par elles-mêmes, ne doivent pas entraîner la *naturalisation;* autrement, c'est le n° 1 de l'article 17, qui serait applicable. Il ne s'agit donc, dans le numéro 2, que d'une mesure de précaution et de garantie, que je conseillerais, en de telles occasions, de remplir. (D., *Rec. alph.*, t. VI, 514, n° 11.)

Aussi, la Cour de Paris a-t-elle décidé que l'acceptation par un Français, sans l'autorisation du gouvernement, de la place de directeur d'un conservatoire de musique à l'étranger, lui fait perdre sa qualité de Français. (23 juin 1859, Densoigne-Mehul, *Gazette des Tribunaux* du 6 juill. 1859; et Dev., 1860, II, 261.)

181. — 3° La perte de la qualité de Français résulte *de tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour.* (Art. 17, 3°.)

La loi ne pouvait pas déterminer, d'une manière absolue, les circonstances qui témoigneront, de la part du Français, la perte de l'esprit de retour; c'est là nécessairement une question de fait et d'intention abandonnée à l'appréciation des magistrats. Le Français a vendu toutes ses propriétés en France; il en a acheté en pays étranger; il s'y est marié; il a rompu tous ses liens, toutes ses relations avec sa patrie; il a changé de religion.... Tels sont les faits principaux qui seront pris en considération; on aura

aussi égard à son âge, au temps plus ou moins long écoulé depuis son établissement en pays étranger.

L'esprit de retour est, au reste, présumé jusqu'à la preuve contraire ; c'est à celui qui prétend qu'un Français, par quelque cause que ce soit, a perdu sa nationalité, à fournir la preuve de son affirmation. Tel est le droit commun, en matière de preuve. (L. II, ff. *De probationibus;* art. 1315, Cod. Nap.; Cass., 13 juin 1811, Sirey, 1811, I, 290; Poitiers, 26 juin 1829, De Tenessu, Dev., 1830, II, 149; Bordeaux, 27 août 1877, Courbin, Dev., 1878-2-105.)

182. — Mais alors naît la question de savoir en quoi consiste l'exception admise par la loi, en faveur des établissements de commerce.

Faut-il en conclure qu'on ne sera pas même admis, dans ce cas, à prouver que le Français qui a fondé, en pays étranger, un tel établissement, a perdu l'esprit de retour?

Pour l'affirmative, on peut dire que le texte déclare, en termes absolus, qu'ils *ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour;* et que si, en effet, même dans ce cas, la preuve contraire était recevable, il n'y aurait plus de différence entre les établissements commerciaux et les autres, puisqu'à l'égard de ces derniers, la présomption est aussi qu'ils n'ont pas été faits sans esprit de retour. La loi a voulu, par cette faveur toute spéciale, rassurer et encourager les Français qui vont au loin fonder des établissements de commerce, très-utiles le plus souvent à l'industrie nationale, pour revenir ensuite en France et y rapporter le fruit de leurs travaux ; et tous les autres faits accessoires et secondaires sont dominés, expliqués, justifiés par ce fait principal et essentiel d'un établissement commercial : la vente des biens en France comme moyen de réaliser les capitaux ; l'acquisition de biens en pays étranger, le mariage même avec une étrangère, comme moyens de se créer du crédit, des relations.

Je serais porté à adopter cette opinion, tant que le Français serait toujours commerçant, et qu'on n'allégue-

rait d'ailleurs, contre lui, aucun acte de naturalisation proprement dite en pays étranger; mais je dois convenir que l'opinion contraire, beaucoup plus suivie, enseigne qu'il résulte seulement de l'article 17 que l'établissement de commerce, par lui-même et par lui seul, ne devra jamais être considéré comme ayant été fait sans esprit de retour, mais qu'il ne ferait pas non plus obstacle à la preuve déduite de toutes les autres circonstances, que le Français, même commerçant, a perdu l'esprit de retour en France. (Comp. Colmar, 19 mai 1868, Ostermann, Dev. 1868, II, 245; Coin-Delisle, art. 17, n° 17; Richelot, t. I, p. 95, note 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 241; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 64; Demante, t. I, n° 34 *bis*, II.)

183. — 4° *Une femme française, qui épousera un étranger, suivra la condition de son mari.* (Art. 19; *supra* n° 168).

Il serait mieux de dire qu'elle perdra la qualité de Française; car notre loi ne saurait lui conférer la nationalité étrangère, si la loi du pays étranger s'y opposait.

Mais, dans cette hypothèse, ne pourrait-on pas soutenir que la femme française ne perdra pas sa qualité, puisqu'elle sait que, par ce mariage, elle ne devient pas *étrangère,* et que dès lors le consentement qu'elle y donne ne renferme pas l'aliénation de sa nationalité?

Je ne pense pas que l'article 19 admette cette distinction; le principe qu'il consacre est général dans nos mœurs et dans nos idées françaises (art. 12 et 19); et d'ailleurs, ce mariage avec un étranger ne serait-il point, de la part de la femme, un établissement formé, en pays étranger, sans esprit de retour? (Art. 17, 3°; 108, 214; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 236; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 82, note *a*, *voy.* toutefois Colmet d'Aage, *Revue de droit franç. et étr.*, t. I, p. 401.)

Si le mariage était déclaré nul, je pense que la femme n'aurait pas cessé d'être Française; car l'aliénation de sa nationalité est virtuellement subordonnée à la validité

du mariage, qui seul la produit. On ne pourrait même, je crois, prétendre qu'elle a du moins perdu la qualité de Française par un établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, qu'autant qu'on induirait cette intention de faits et de circonstances postérieures à la nullité prononcée. (Comp. Poitiers, 7 janv. 1845, de Maynard, Dev., 1845, II, 215; Tribun. civ. d'Agen, 6 juill. 1860, Taillandier, Dev., 1860, II, 353.)

Et même on a enseigné que le mariage putatif était insuffisant pour opérer le changement de la nationalité de la femme, malgré les articles 201 et 202; car c'est là, dit-on, un effet tout particulier du mariage, qui a lieu de plein droit, indépendamment de la volonté de l'époux, et qui semble ne pouvoir résulter que d'un mariage valable. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 236; Legraverend, *Législ. crim.*, t. I, ch. I, sect. VI, § 2.)

Mais pourtant, les articles 201 et 202 sont bien généraux; et si, d'une part, le mariage putatif produit tous les effets civils en faveur de l'époux de bonne foi, si, d'autre part, l'attribution à la femme de la nationalité du mari est un effet civil du mariage, comment nier que cet effet ne soit produit par le mariage putatif? (Comp. Cass., 18 févr. 1819, Sirey, 1819, I, 348; Merlin, *Répert.*, v° *Mariage*, sect. I, § 2; Coin-Delisle, art. 12; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 75.)

184. — Si la femme était mineure, au moment de son mariage avec un étranger, perdrait-elle sa qualité de Française?

Je le crois: 1° parce que l'article 10 est général, et qu'assurément le législateur savait bien que les femmes surtout se marient le plus souvent en minorité; 2° parce que le mineur, en ce qui concerne le mariage et tous ses effets légaux, est, en général, aussi capable que le majeur, dès que les conditions tutélaires, par lesquelles la loi protége son inexpérience, ont été observées. (Art. 148 et suiv.; 1309, 1398; *voy.* pourtant article 2140.)

Pour le cas où le mari se ferait naturaliser en pays étranger postérieurement au mariage, nous nous en sommes déjà expliqué. (*Sup.* n° 175; comp. notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t, II, n° 111.)

185. — 5° Enfin, le *Français qui, sans autorisation de l'Empereur, prendrait du service militaire chez l'étranger ou s'affilierait à une corporation militaire étrangère, perdra sa qualité de Français.* (Art. 21; *sup.*, n° 169; comp. Cass., 2 fév. 1847, Clouet, Dev., 1847, I, 582; Bastia, 27 déc. 1875, Cordua, Dev., 1876-2-66); Cass. 20 févr. 1877, mêmes parties, Dev., 1878-I-117.)

Nous remarquerons, à ce sujet :

1° Que l'entrée au service militaire d'une puissance étrangère, sans autorisation de l'Empereur, ne doit toutefois entraîner la perte de la qualité de Français qu'autant que l'engagement a été contracté en majorité. (Arg. de l'art. 9 du Cod. Nap. et de la loi du 7 fév. 1851; comp. Metz, 25 avril 1849, Hannonet, Dev., 1849, II, 310; Metz, 10 avril 1849, Schmitt, Dev., 1850, II, 275; *voy.* toutefois aussi Amiens, 24 janv. 1849, Christophe, Dev., 1849, II, 585);

2° Qu'il a été jugé que le Français, qui avait perdu sa qualité pour cette cause, se trouvait relevé de cette déchéance, soit par une autorisation obtenue ultérieurement, soit par le seul fait de sa nomination postérieure à des fonctions publiques, comme nous avons vu qu'il peut en être relevé par des lettres de relief (*Supra*, n° 169; comp. Paris, 8 fév. 1845, Dequer, Dev., 1847, II, 364; Amiens, 23 janv. 1849, *supra; voy.* toutefois Toulouse, 1er août 1851, Lafont, Dev., 1852, II, 235);

3° Que l'admission d'un Français dans la garde bourgeoise d'une ville étrangère ne doit pas être assimilée à l'entrée au service militaire d'une puissance étrangère. (Comp. *supra*, n° 179; arg. de l'art. 10 de la loi du 22 mars 1831; art. 19 de la loi du 13 juin 1851; art. 3 du décret du 11 janv. 1852; Cass. 2 fév. 1847, Clouet,

Dev., 1847, I, 582; Bordeaux, 14 mars 1850, Charvin, Dev., 1852, II, 561.)

Telles étaient les dispositions du Code Napoléon, en ce qui concerne la perte de la qualité de Français.

Nous avons d'ailleurs exposé plus haut comment cette qualité perdue peut être, suivant les différents cas, plus ou moins facilement recouvrée. (*Supra*, n° 169 et suiv.)

186. — Telles étaient, disons-nous, sur ce sujet les dispositions du Code Napoléon.

Mais deux décrets postérieurs des 6 avril 1809 et 26 août 1811 y ont apporté de notables et profondes modifications :

§ 1. Le premier, celui du 6 avril 1809, est relatif :

Aux Français, qui auront porté les armes contre la France (tit. I); *au devoir des Français qui sont chez une nation étrangère, lorsque la guerre éclate entre la France et cette nation* (tit. II); et enfin, *aux Francais rappelés d'un pays étranger, avec lequel la France n'est pas en guerre* (tit. III).

Parmi les nombreuses dispositions de ce décret, nous remarquerons surtout celles du titre II.

1° D'après l'article 6, les Français, qui sont au service militaire d'une puissance étrangère avec ou sans autorisation, sont tenus de le quitter, au moment où les hostilités commencent entre cette puissance et la France, et de justifier de leur retour en France, dans le délai de trois mois à compter du jour des premières hostilités; l'article 19 prononce contre les contrevenants la *peine de mort*, et la *confiscation des biens*.

2° D'après l'article 20, les Français, qui ont des fonctions politiques, administratives ou judiciaires chez l'étranger, doivent également rentrer en France dans le même délai; l'article 22 prononce contre les contrevenants la *mort civile*, comme peine principale, et la *confiscation des biens*.

Enfin, des cours spéciales sont déclarées, à cet effet, compétentes (art. 1, 10, 11).

§ 2. Le décret du 26 août 1811 est plus spécialement relatif à la naturalisation des Français en pays étranger (tit. I, II et III), quoiqu'il s'occupe aussi des Français au service d'une puissance étrangère (tit. IV).

A cet égard, nous avons vu quel est, d'après le Code Napoléon, l'effet de la naturalisation d'un Français en pays étranger :

D'une part, il devient étranger, et ne conserve pas, en conséquence, les droits civils français;

Mais d'autre part, le Code Napoléon, conforme, en ce point, à l'opinion générale des publicistes, ne lui fait aucun crime de cette naturalisation, ne prononce dès lors contre lui aucune peine; et sauf l'hypothèse spéciale de l'article 21, il le traite même plus favorablement que l'étranger ordinaire, en lui accordant, à lui-même et à ses enfants (art. 10 et 18), le moyen plus facile et plus prompt de devenir Français.

Sous ce double rapport, le décret du 26 août 1811 déroge au Code Napoléon.

L'article Ier pose d'abord en principe qu'*aucun Français ne peut être naturalisé en pays étranger sans autorisation.*

Puis, les articles suivants déterminent les effets très-différents de la naturalisation autorisée et de la naturalisation non autorisée.

Dans le premier cas, les Français, naturalisés avec autorisation, *jouiront du droit de posséder, de transmettre des propriétés, et de succéder, quand même les sujets du pays où ils seront nationalisés, ne jouiraient pas de ces droits en France* (art. 3); et leurs enfants, conçus depuis la naturalisation, outre le bénéfice des articles 9 et 10 du Code Napoléon, qui leur est, bien entendu, réservé, *recueilleront les successions et exerceront tous les droits, qui seront ouverts à leur profit pendant leur minorité, et dans les dix ans qui suivront leur majorité accomplie* (art. 4). Il faut

remarquer qu'à cette époque, les étrangers étaient incapables de succéder et de recevoir en France (art. 726, 912; loi du 14 juillet 1819).

Dans le second cas, au contraire, le Français, naturalisé sans autorisation, *encourra la perte de ses biens, qui seront confisqués; il n'aura plus le droit de succéder; et toutes les successions, qui viendront à lui échoir, passeront à celui qui est appelé après lui à les recueillir, pourvu qu'il soit regnicole* (art. 6). Il sera constaté, dit l'article 7, qu'il a perdu ses droits civils en France; il sera déchu des titres institués par le sénatus-consulte du 14 août 1806, et qu'il aurait reçus directement ou par transmission (art. 8); ces titres et les biens y attachés, seront dévolus à la personne restée française, appelée selon les lois, sauf les droits de la femme, qui seront réglés comme en cas de viduité (art. 9 et 10). L'article 2 déclare toutefois que le Français pourra être relevé de ces déchéances, et affranchi de ces peines par des lettres de relief.

Le titre IV s'occupe des Français au service d'une puissance étrangère et adoucit beaucoup, sur ce point, les dispositions du décret du 6 avril 1809. (Comp. le décret de 1809, art. 2, 19 et 22, avec le décret de 1811, art. 18, 25 et 27.)

Ce décret, d'ailleurs, inspiré par une pensée toute politique, ne s'applique point aux femmes (avis du Cons. d'État du 22 mai 1812).

187. — Toutes les opinions sont unanimes pour reconnaître l'excessive violence et l'inconstitutionnalité originelle de ces décrets; chacun comprend qu'ils sont dus à une époque, à des circonstances, à un régime, enfin, profondément différents de notre temps, de nos mœurs et de nos institutions actuelles. (Comp. Duverger, *Études de législation*, p. 7.)

Et pourtant, lorsqu'il s'agit de savoir s'ils sont encore aujourd'hui en vigueur, on ne rencontre nulle part peut-être plus de dissidences, plus d'hésitations et d'incertitudes.

C'est là d'ailleurs une haute question de droit public, qu'il serait impossible de discuter ici avec tous les éléments historiques et politiques, qui s'y rattachent. J'en dirai toutefois quelques mots, parce que des questions importantes de droit privé en dépendent encore, comme nous le verrons bientôt.

La difficulté se divise en deux branches :

1° Ces décrets ont-ils jamais eu une existence légale?

2° Ont-ils été ensuite abrogés expressément ou tacitement?

La Charte de 1814 (art. 68), celle de 1830 (art. 59), et la Constitution du 14 janvier 1852 (art. 56) ont maintenu les lois alors existantes ; or, d'après la jurisprudence (Paris, 27 juin 1831, l'Université, Dev., 1831, II, 335; Cass., 8 et 22 avril 1831, Minist. publ., D., 1831, I, 171), les décrets *législatifs* rendus sous l'empire de la Constitution du 22 frimaire an VIII, qui n'ont pas été attaqués dans un délai de dix jours pour cause d'inconstitutionnalité (art. 21 et 37 de la loi de l'an VIII), ont acquis force de loi; donc, les deux décrets, n'ayant pas été ainsi attaqués, sont devenus obligatoires non seulement en fait, mais en droit. Cette base peut paraître sans doute très-fragile; car, d'une part, c'était au Tribunat et au gouvernement que l'article 21 attribuait le droit de déférer au Sénat les décrets du Corps législatif; or, après la suppression du Tribunat par le sénatus consulte du 19 août 1807, le gouvernement seul demeurait chargé de dénoncer ses propres actes pour cause d'inconstitutionnalité! D'autre part, l'article 37 ne s'appliquait qu'aux *décrets du Corps législatif*, qu'il était, en effet, possible d'attaquer dans le délai de dix jours, à partir de leur émission, délai pendant lequel la promulgation en était suspendue; mais cet article 37 ne s'appliquait pas et ne pouvait pas s'appliquer aux actes du gouvernement, qui n'étaient connus, au contraire, que par leur promulgation même (*supra*, n° 26).

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence a triomphé, par des considérations surtout d'utilité pratique et d'intérêt général; car l'annulation en masse de tous les décrets *législatifs* eût produit dans la législation de très-regrettables lacunes. Mais ce principe tel quel, une fois adopté, il semble difficile de ne pas en suivre les conséquences, et de distinguer en quelque sorte, parmi les décrets, différents degrés d'inconstitutionnalité.

Toutefois, Demante, dans un remarquable article de *la Revue étrangère et française de législation* (t. VII, p. 417), a signalé comme n'ayant pas été conservés par les articles 68 et 59 des deux Chartes de 1814 et de 1830, les décrets législatifs portant peine de mort. Notre savant maître invoque l'acte du 3 avril 1814, dans lequel le Sénat, compétent précisément sur cette question d'inconstitutionnalité, fonde, entre autres motifs, la déchéance de l'Empereur sur ce qu'il a *inconstitutionnellement rendu plusieurs décrets portant peine de mort;* il ajoute que l'abrogation des lois peut aussi résulter de la désuétude et de la cessation complète de motifs, et cite plusieurs documents desquels il résulterait que les décrets en question ont effectivement cessé d'être appliqués, et que les gouvernements qui ont succédé à l'empire, ne les ont pas considérés comme maintenus (Ord. du 16 décembre 1814). Il faut néanmoins remarquer que, dans une autre circonstance, le gouvernement a rappelé et visé ces décrets (Ord. du 10 avril 1823) et que, depuis 1815, des ordonnances, en petit nombre, il est vrai (trois seulement), ont accordé à des Français l'autorisation de se faire naturaliser en pays étranger.

Je ne puis pas, dans un tel état de choses, reconnaître logiquement l'abrogation totale et complète, soit directe, soit même implicite, des décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811.

Je croirais donc qu'ils ne sont abrogés tacitement que dans celles de leurs dispositions qui sont incompatibles

avec les dispositions des lois postérieures. (Comp. Pau, 19 mars 1834, Caminondo, D., 1834, II, 232; Toulouse, 18 juin 1841, le proc. gén., Dev., 1840, II, 417.)

Ce système du reste, s'il ne les renverse pas tout à fait, en efface du moins les pénalités les plus exorbitantes.

C'est ainsi que, suivant la remarque de M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 184), le Code pénal de 1810, dans la section consacrée *aux crimes contre la sûreté extérieure de l'État*, ne punit pas comme tel le fait d'être demeuré chez une nation avec laquelle la France est en guerre, et avait par conséquent adouci déjà, même avant le décret du 26 août 1811, la définition rigoureuse du décret du 6 avril 1809[1].

C'est ainsi que sont aujourd'hui supprimés les tribunaux extraordinaires, les cours spéciales et la confiscation des biens (Charte de 1830, art. 53, 54; Constitution du 14 janvier 1852, art. 1).

188. — Parmi les questions qu'a fait naître cette théorie, d'après laquelle les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811 sont maintenus, en tant que des lois postérieures n'y ont pas dérogé, il en est deux surtout qu'il est important de connaître; elles sont relatives aux effets de la naturalisation non autorisée du Français en pays étranger.

On se rappelle que, d'après le décret de 1811, 1° ses biens sont confisqués; 2° il est privé du droit de succéder en France, privé des droits civils (*supra*, n° 186, § 2).

Eh bien! il s'agit de savoir aujourd'hui :

1° Si, depuis l'abolition de la confiscation, le Français, naturalisé en pays étranger sans autorisation, conserve ses biens; ou si, au contraire, sa succession doit s'ouvrir au profit de ses héritiers;

2° Si, depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a admis les

1. Cette remarque me paraît juste, malgré la dissidence de Duranton (t. I, p. 149); comparez les articles 2, 19 et 22 du décret du 16 avril 1809 avec les articles 18, 25 et 27 du décret du 26 août 1811.

étrangers à succéder en France, il peut invoquer le bénéfice de cette loi.

Sur le premier point, Foucart enseignait que le *Français, qui s'est fait naturaliser sans autorisation, est frappé d'une sorte de mort civile, et que sa succession est ouverte au profit de ses héritiers légitimes* (t. I, p. 195). Telle était aussi d'abord l'opinion de Duranton, qui toutefois avait ensuite adopté l'avis contraire, dans sa dernière édition (1844, t. I, n° 197); et cet avis, en effet, dès avant la loi du 31 mai 1854, qui a aboli la mort civile, nous avait paru bien préférable! Le décret du 26 août 1811 ne prononçait pas la mort civile dans ce cas; il ne déclarait pas la succession ouverte, pas plus qu'il ne déclarait le mariage dissous (art. 25, Cod. Nap.); il prononçait seulement *la confiscation, l'incapacité de succéder,* et *la privation de droits civils en France.* L'abolition de la confiscation avait donc dû profiter au Français naturalisé sans autorisation, et lui laisser ses biens. Plus ces décrets sont rigoureux et violents, moins il faut les étendre. L'article 9, qui porte que les droits de la femme seront réglés comme en cas de viduité, s'expliquait comme une conséquence de la confiscation; et il n'était d'ailleurs relatif qu'à la matière toute spéciale des majorats. Au reste, il est évident que cette solution, que nous avons combattue, ne serait même plus proposable, depuis l'abolition de la mort civile (*voy. infra Appendice*, relatif à la loi du 31 mai 1854, n° 2).

Sur le second point, la doctrine et la jurisprudence sont divisées. Merlin enseigne (*Rép.*, t. XVI, v° *Français*), que le Français, naturalisé sans autorisation en pays étranger, peut, depuis la loi du 14 juillet 1819, succéder en France, comme tout autre étranger. Tel paraît être aussi l'avis de M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 187), qui pense que le décret de 1811 *ne fait que se conformer parfaitement au Code Napoléon, en déclarant que la perte de la qualité de Français entraîne la privation des droits*

civils, et notamment la déchéance du droit de succéder (comp. Paris, 1er févr. 1836, Imbert, Dev., 1836, II, 173).

Mais, si favorable que puisse être ce système, il ne me paraît point conforme au texte ni à la pensée essentielle du décret :

Ce n'était pas seulement comme un étranger ordinaire, et en vertu de l'article 726, que le Français, naturalisé en pays étranger sans autorisation, était incapable de succéder en France; c'était à titre de peine, et en vertu spécialement de l'article 6 du décret 1811;

Or, la loi du 14 juillet 1819 se borne à abroger les articles 726 et 912 du Code Napoléon;

Donc, cette loi n'a pas suffi pour abroger l'article 6 du décret de 1811.

Ce décret ne traitait comme un étranger ordinaire, ni le Français naturalisé avec autorisation, ni le Français naturalisé sans autorisation; il admettait le premier à succéder en France, alors même que les étrangers ne succédaient pas (art. 3); et réciproquement, il n'admettait pas le second à succéder, alors même que les habitants du pays, dans lequel il s'était fait naturaliser, auraient pu succéder en France (comp. Pau, 19 mars 1834, Caminondo, D., 1834, II, 232; Duranton, t. I, n° 178; Demante, *Revue étrangère et française*, t. I, p. 443; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 239).

SECTION II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES.

SOMMAIRE.

189. — Exposition. — Division.

§ I.

190. — Distinctions entre les diverses condamnations judiciaires, quant à leur effet sur la jouissance et l'exercice des droits civils

191. — Suite.

192. — Quels sont les effets de l'interdiction légale prononcée par l'article 29 du Code pénal?

193. — La nullité des actes passés par l'interdit légalement est-elle absolue ou relative?

193 *bis*. — Modification apportée aux articles 29-31 du Code pénal, par l'article 12 de la loi du 30 mai 1854.

§ II.

194. — De la mort civile. — Division.

N° 1. — *Qu'est-ce que la mort civile, et à quelles peines était-elle attachée?*

195. — A quelles peines la mort civile est-elle attachée? — En quel sens est-il vrai de dire qu'elle n'était pas une peine?

196. — Pourquoi dire que la condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile?

197. — Les condamnations prononcées par les tribunaux militaires emportaient-elles la mort civile?

198. — La mort civile était-elle un état personnel? — L'étranger, frappé de mort civile dans son pays, devra-t-il être considéré, en France, comme mort civilement? — *Quid*, du Français frappé de mort civile en pays étranger? — L'étranger peut-il être frappé de mort civile, en France?

N° 2. — *Quels étaient les effets de la mort civile?*

199. — Des effets de la mort civile. — Division.

200. — La succession du condamné est ouverte, comme s'il était mort naturellement et sans testament. — Pourquoi le testament ne s'exécute-t-il pas?

201. — L'institution contractuelle est-elle anéantie par la mort civile du donateur? — *Quid*, des autres donations par contrat de mariage?

202. — Le mort civilement ne peut plus recueillir une succession, ni transmettre, à ce titre, les biens par lui acquis. — Ses créanciers antérieurs à la mort civile peuvent-ils exercer des poursuites sur les biens par lui acquis depuis la mort civile encourue?

203. — Le mort civilement ne peut ni disposer, ni recevoir à titre gratuit, si ce n'est pour cause d'aliments. — *Quid*, des donations manuelles?

204. — En quoi consiste l'exception relative aux libéralités faites pour cause d'aliments?

205. — Le mort civilement ne peut être tuteur, ni concourir aux opérations de la tutelle, ni procéder en justice autrement que sous le nom d'un curateur.

206. — Le mort civilement est incapable de contracter mariage. — Le mariage par lui précédemment contracté est dissous. — L'autre conjoint peut-il se remarier?

207. — La bonne foi de l'autre conjoint peut-elle donner les effets civils

au mariage contracté avec le mort civilement? — Quels seront ces effets?

208. — L'article 25 est-il limitatif?

209. — Le mort civilement cesse-t-il d'être Français? — Doit-il la caution *judicatum solvi?* — Peut-il avoir un domicile?

210. — La mort civile produit-elle, à l'égard des tiers, les mêmes effets que la mort naturelle?

211. — Explication des articles 617 et 1982. — Transition.

212. — Dans quels cas et à quelle situation s'appliquent les dispositions qui permettent au mort civilement d'exercer encore certains droits?

213. — Le gouvernement peut accorder au déporté l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits.

214. — L'incapacité résultant de la mort civile est-elle absolue?

N° 3. — *A quel moment la mort civile était-elle encourue?*

215. — La mort civile ne peut être encourue qu'autant que la peine a été exécutée.

216. — La mort civile ne résulte pas toujours immédiatement de l'exécution même. — Distinction entre les condamnations contradictoires et les condamnations par contumace.

217. — A quel moment la mort civile est-elle encourue, en cas d'exécution d'une condamnation contradictoire?

218. — En quoi consiste l'exécution des différentes peines auxquelles la mort civile est attachée?

219. — Suite.

220. — Quel serait le sort des actes que le condamné aurait faits dans l'intervalle de la condamnation à l'exécution?

221. — Des condamnations par contumace — Exposition.

222. — Suite.

223. — Les condamnations par contumace n'emportent la mort civile qu'après l'expiration des cinq ans, qui suivent l'exécution par effigie.

224. — Quel est l'état du condamné pendant cette période?

225. — Par qui et comment ses biens sont-ils administrés?

226. — Le jugement est anéanti de plein droit, si le contumax est arrêté ou se représente dans la première période. — Il en est de même, en cas de décès.

227. — Quel serait le sort des actes, que le contumax aurait faits dans cette première période?

228. — Seconde période. — Le contumax est frappé de mort civile. — Mais il peut encore se représenter.

229. — En cas de représentation volontaire ou forcée du condamné, à quel moment la mort civile cesse-t-elle de le frapper?

230. — Quels sont les effets de la mort civile maintenue pour le passé?

231. — Suite.

232. — Suite.

233. — Troisième période. — La peine est prescrite, et la mort civile désormais irrévocable.

234. — Lorsqu'on n'a point eu de nouvelles du contumax depuis sa

disparition, doit-on appliquer les effets de la mort civile ou seulement les effets ordinaires de l'absence?
235. — Quel est l'effet de la grâce ou de la commutation de peine accordée par l'Empereur à l'individu condamné à une peine emportant mort civile?
236. — *Quid*, de l'amnistie?

§ I.

De la privation partielle des droits civils par suite de condamnations judiciaires.

189. — La privation des droits civils, par suite de condamnations judiciaires, est plus ou moins considérable, suivant que la condamnation prononce une peine temporaire ou une peine perpétuelle.

D'après le Code Napoléon, il résultait de cette distinction que la privation des droits civils était partielle ou totale.

Et, lorsque la privation était totale, elle emportait la mort civile.

Une loi du 31 mai 1854 a supprimé la mort civile; et, dès lors, les différents articles de notre Code, qui l'organisaient ou qui s'y rapportaient, se trouvent ainsi abrogés ou modifiés.

Nous croyons, toutefois, qu'il importe de maintenir ici l'explication que nous en avions fournie: soit parce que des questions transitoires pourront encore s'élever, en ce qui concerne la mort civile; soit parce que cette institution ancienne et célèbre a joué, dans l'histoire de notre droit public et privé, un si grand rôle et y a, dans le cours de tant de siècles, exercé une telle influence, qu'il sera, pendant longtemps encore, indispensable de l'étudier et de la connaître.

On a bien pu renverser le vieil arbre; et encore, n'est-ce pas, comme nous le verrons, sans de longs et pénibles efforts! mais il faudra bien plus de temps pour extirper les nombreuses et profondes racines, qu'il avait poussées au loin, çà et là, dans le domaine tout entier

du droit civil, et que nous rencontrerons presque partout!

En conséquence, nous exposerons d'abord cette institution de la mort civile, telle qu'elle avait été organisée par notre Code.

Ensuite, dans un appendice spécial, nous étudierons la situation nouvelle qui a été faite, par la loi du 31 mai 1854, aux individus condamnés à des peines afflictives perpétuelles.

190. — Le Code Napoléon ne s'est pas occupé, si ce n'est seulement dans quelques articles (221, 443, 445), de la privation partielle des droits civils, par suite de condamnations judiciaires. C'est dans le Code pénal que se trouvent surtout les dispositions qui régissent ce sujet.

Plusieurs distinctions doivent être faites :

1° Cette privation est, dans certains cas, une peine principale, qui forme l'objet direct de la condamnation;

2° Dans d'autres, elle n'est que la conséquence légale et l'accessoire d'une autre peine;

3° Elle est tantôt temporaire, tantôt perpétuelle ou plutôt indéfinie, sauf le cas de réhabilitation;

4° Enfin, elle enlève soit la *jouissance* elle-même de certains droits, soit seulement l'*exercice* des droits civils.

191. — 1° La privation partielle des droits civils est prononcée comme peine principale dans le cas de *dégradation civile* (art. 8 et 34 Cod. pén.), et dans le cas de l'*interdiction à temps de certains droits civiques, civils et de famille.* (Art. 9, 32, 43, Cod. pén.)

Les droits enlevés au condamné dans ces deux cas, sont particulièrement ceux qui exigent, ou qui du moins supposent l'estime sociale, la probité; l'intérêt de l'État et des familles ne permettait pas qu'on en laissât la jouissance à ceux qu'une condamnation judiciaire a déclarés indignes de la confiance de la loi. (Comp. les art. 34 et 42 du Code pénal.)

2° La privation partielle des droits civils est la consé-

quence légale et l'accessoire nécessaire de la condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion ou du bannissement (art. 28, Cod. pén.). Cette privation est alors la même, et par les mêmes motifs, que lorsqu'elle est prononcée comme peine principale, c'est encore la *dégradation civique*. (Ajoutez les articles 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes).

3° La privation partielle des droits civils est temporaire ou indéfinie. (Comp. art. 9 2°, 42, 43 et 28, Code pénal.)

La *dégradation civique*, de quelque manière qu'elle soit encourue, principalement ou accessoirement, est toujours indéfinie. La flétrissure morale, avec toutes les déchéances qu'elle a produites, survit même à l'expiration de la peine principale, et ne peut s'effacer que par la réhabilitation. (Art. 619 et suiv., Code d'inst. crim.).

4° Enfin, la privation, qui résulte des condamnations judiciaires, s'applique soit à la *jouissance*, soit seulement à l'*exercice* des droits. C'est ainsi que la dégradation civique enlève la jouissance même des droits énumérés dans l'article 34 du Code pénal.

Au contraire, 1° d'après l'article 29 du Code pénal, *quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, sera de plus, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale; il lui sera nommé un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés tuteurs aux interdits.*

2° D'après l'art. 28 du Code Napoléon, les *condamnés par contumace* (à une peine emportant mort civile) *seront, pendant les cinq ans, ou jusqu'à ce qu'ils se représentent dans ce délai, privés de l'exercice des droits civils; leurs biens seront administrés et leurs droits exercés de même que ceux des absents.*

192. — Nous expliquerons bientôt cet article 28 du Code Napoléon, qui a donné lieu lui-même à des dissi-

dences fort sérieuses. Mais, du moins, était-on à peu près d'accord sur le caractère de la situation légale du condamné dans ce cas; le texte dit, en effet, très-positivement « qu'il est privé de l'exercice des droits civils. »

Au contraire, la doctrine et la jurisprudence sont loin d'être unanimes sur la nature et les effets de l'interdiction légale prononcée par l'article 29 du Code pénal.

Trois opinions sont en présence :

La première enseigne que les effets de cette interdiction ne se rapportent qu'à l'administration des biens, sans altérer d'ailleurs la capacité du condamné, qui conserve, en conséquence, non-seulement la *jouissance*, mais encore l'*exercice* de ses droits civils; il peut donc s'obliger, aliéner, se marier, tester, etc.; tel est, dit-on, le résultat soit du texte même de l'article 29, soit des motifs de l'interdiction légale, qu'il prononce :

1° Le Code pénal de 1791 portait (tit. IV, art. 2) que *le condamné ne peut, pendant la durée de sa peine, exercer aucun droit civil*...; l'article 29 du Code pénal n'a pas renouvelé cette disposition. Bien différent aussi de l'article 28 du Code Napoléon, il ne prononce qu'une simple *interdiction légale*, afin de faire gérer et administrer les biens du condamné.

2° Cela est très-conforme aux motifs de la loi, qui se propose seulement ici ce double but : d'abord de pourvoir à une nécessité, à l'abandon où se trouve forcément l'administration des biens du condamné pendant la durée de sa peine; ensuite, de l'empêcher de recevoir de l'argent, des secours (art. 31, Cod. pén.). Mais la loi n'a pas pour but d'aggraver ainsi la pénalité, de frapper par là le condamné d'incapacité et de déchéances; tel est l'objet de l'article 28 du Code pénal, qui prononce la dégradation civique; l'article 29 a un tout autre caractère. (Comp. Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 211; Toullier, t. VI, n° 111; Achille Morin, *Dict. de dr. cr.*; v° *Interdiction*.)

La seconde opinion, au contraire, professe que le condamné est privé entièrement de l'exercice des droits civils, et qu'il ne peut dès lors ni s'obliger, ni aliéner, ni tester, etc.... le texte le place en état d'interdiction légale; or, qu'est-ce que l'interdiction, sinon la privation de l'exercice même des droits civils? Le Code Napoléon ne prévoit pas, n'institue pas deux sortes d'interdiction; il n'y en a qu'une seule (liv. I, tit. xi), or, c'est précisément à ce titre unique de l'interdiction que l'article 29 nous renvoie; donc, l'interdiction qu'il prononce doit produire les effets ordinaires de l'interdiction en général (art. 502, 509, 1124). N'y aurait-il pas d'ailleurs de la contradiction et de l'inconséquence à défendre au condamné d'administrer, de faire un bail, par exemple, et à lui permettre d'aliéner, de faire une vente, une donation? Que deviendrait, à côté de cette concurrence, l'administration du tuteur? La loi n'a pas voulu 1° que « par de scandaleuses profusions, le condamné fît d'un séjour d'humiliation un théâtre de joie et de débauche » (discours de l'orateur du Gouvernement); 2° qu'il pût se procurer des moyens de corruption, des moyens matériels d'évasion; or, ce but serait manqué, s'il pouvait vendre. Rien alors ne lui serait plus facile que de se procurer de l'argent; et on exciterait ainsi autour de lui toutes sortes de spéculations honteuses, qui chercheraient à profiter de sa situation. La loi a donc prononcé une interdiction complète, qui ne permet pas de distinguer entre le testament et les autres actes de la vie civile (comp. Duranton, t. VIII, n° 181; Boitard, *Leçons de droit pénal*, p. 188). Tel paraît être aussi le sentiment de Demante qui, sans poser toutefois la question, enseigne que l'*effet de l'interdiction légale est de priver entièrement de l'exercice des droits civils* (t. I, p. 55; comp. toutefois le nouveau *Cours analytique*, t. I, n° 172 *bis*). M. Valette (sur Proudhon, t. II, p. 554-556) soutient aussi le système de l'incapacité absolue; il fait néanmoins une exception, quant au

mariage contracté par le condamné pendant la durée de sa peine. (Ajout. Troplong, *Des Donat. et Test.*, t. I, n° 525; Berthauld, *Cours de Code pénal*, p. 234; Molinier, *Revue de droit franc. et étr.*, 1850, p. 484.)

Enfin, une troisième opinion distingue entre les aliénations entre-vifs et le testament. La jurisprudence paraît la consacrer; du moins, en même temps que plusieurs arrêts ont décidé, conformément à la seconde opinion, que l'interdit légalement est incapable de contracter, d'aliéner, de s'obliger (Cass., 25 janvier 1825, Duchêne D., 1825, I, 147; Paris, 7 août 1837, Raissac, Dev., 1838, II, 268; *voy.* aussi D., *Rec. alph.*, t. VI, p. 358), d'autres arrêts ont jugé que le testament fait par le condamné, pendant la durée de sa peine, et, par conséquent, pendant son interdiction légale, est valable. (Rouen, 28 décembre 1822, Biard, Sirey, 1823, II, 179; Nîmes, 16 juillet 1835, Ledoux, Dev., 1835, II, 485.)

Je suis très-porté à admettre cette distinction, qui me paraît satisfaire aux diverses considérations, également puissantes, que j'ai présentées en exposant les deux premiers systèmes. Mais il faut l'établir théoriquement; et voici, pour cela, deux moyens qui me semblent pouvoir être présentés :

1° Ce n'est point par l'effet du jugement d'interdiction, que l'interdit ordinaire, l'interdit pour cause de démence ou de fureur, ne peut pas tester; c'est par suite du dérangement de ses facultés intellectuelles. Son incapacité dérive, non pas de l'article 502, mais de l'article 901; or, ce motif est tout à fait inapplicable à l'interdit légalement, qui peut être très-sain d'esprit. Tel est l'avis de Merlin, qui, précisément par cette raison, adopte aussi la distinction que je propose (*Quest. de droit*, t. IV, v° *Testament*, § 3 *bis*). Je discuterai, en son lieu, cette difficile question de savoir si l'interdit pour cause de démence ou de fureur pourrait tester et se marier pendant un intervalle lucide; et nous verrons s'il ne serait

pas, en effet, possible d'établir, sur ces deux points, l'affirmative; or, on comprend que, s'il en était ainsi de l'interdit pour cause de démence ou de fureur, *a fortiori* l'interdit légalement pourrait-il tester et se marier. (Comp. Cass., 12 nov. 1844, Sillas-Lenormand, Dev., 1845, I, 246, notre *Traité du Mariage et de la Separation de corps*, t. I, n° 127, et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 23.)

2° Lors même qu'il faudrait décider que l'interdit pour cause de démence ne peut ni tester ni se marier pendant un intervalle lucide, je voudrais encore conserver ces deux droits à l'interdit légalement; car je ne crois pas, d'accord en ce point avec la première opinion, que la loi ait voulu lui enlever l'exercice de ces droits précieux, et que le véritable but de l'article 29 soit de le frapper encore et de le punir de plus en plus.

Je dirais donc que cette interdiction toute spéciale si différente dans sa cause et dans son but de l'interdiction ordinaire, ne saurait se confondre absolument avec elle dans les mêmes effets; et je penserais qu'elle ne s'applique qu'aux actes, qu'aux dispositions entre-vifs concernant le patrimoine de l'interdit, parce que ces dispositions sont incompatibles avec l'administration déférée au tuteur, soit avec le but essentiel de la loi, qui est d'empêcher le condamné de se procurer des ressources.

Je pense que cela est dans l'article 29, dans ses termes même et aussi dans ses motifs.

Mais je ne saurais y voir la nullité du testament ni du mariage, parce que je ne trouve ni au titre *des donations entre-vifs et des testaments* (art. 902), ni au titre spécial du *mariage* (liv. I, tit. v, ch. iv), aucun texte qui autorise à la prononcer. Je crois donc qu'on aggraverait outre mesure la pénalité, qu'on dépasserait enfin le but en les annulant. (Comp. Ortolan, *Éléments de Droit pénal*, n° 1557; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 316; Trébutien, *Cours élém. de Droit crim.*, t. I, p. 242, 244.)

193. — Quel est le caractère de la nullité des aliénations ou des obligations consenties par l'interdit légalement? Est-elle absolue ou relative?

1° Sera-t-elle proposable seulement par l'interdit comme dans le cas de l'interdiction pour cause de démence (art. 1125)?

Mais la raison et la morale s'opposent à ce que l'interdit légalement puisse se prévaloir seul de cette nullité; car il était sain d'esprit aussi bien que les tiers; et c'est là une preuve encore que cette espèce d'interdiction ne saurait être, de tous points, régie par les mêmes principes que l'interdiction ordinaire.

2° La nullité sera-t-elle proposable seulement par les tiers?

Il paraîtrait d'abord assez raisonnable de ne pas permettre à l'interdit de se prévaloir des suites de son crime, et de l'interdiction qu'il a lui-même violée.

Mais, pourtant, il me semble que cette interdiction légale, fondée sur des motifs d'ordre public, doit être absolue, comme autrefois, dans notre ancien droit, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation maritale (Pothier, *de la Puissance du mari*, part. I, sect. I, § 1).

La nullité sera donc proposable par les tiers contre l'interdit, et même aussi par l'interdit contre les tiers. Cette solution est nécessaire pour atteindre efficacement le but de l'interdiction légale, et pour empêcher toutes les manœuvres, toutes les spéculations, qui pourraient chercher à exploiter la situation et les besoins du condamné, pendant la durée de sa peine (comp. Cass., 25 janvier 1825, Duchêne, D., 1825, I, 147; Cass., 8 mai 1839, De Roquelaure, Dev., 1839, I, 729; Cass., 29 mars 1852, Touzan, Dev., 1852, I, 385; et *infra*, n° 214).

J'excepte toutefois le cas où le condamné aurait réussi à tromper les tiers, en leur dissimulant son incapacité. Ce dol devrait alors le rendre non recevable à demander

la nullité. «.... Considérant, a dit la Cour de Caen, qu'il « serait contraire à la raison que le condamné pût se « faire de cette incapacité, contre les tiers, un moyen « de surprise.... » (5 janvier 1843, l'Admin. de l'enreg., *Rec. de Caen*, t. VIII, p. 178; art. 1310, 1382; *voy.* aussi Valette sur Proudhon, t. II, p. 557; Berthauld, *Cours de Code pén.*, t. I, p. 235; Trebutien, *Cours de droit crim.*, t. I, p. 244; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 317).

193 *bis.* — Les dispositions du Code pénal, relatives à l'interdiction légale (art. 29-31), ont été modifiées par la loi du 30 mai 1854, en ce qui concerne les condamnés aux travaux forcés à temps, qui subissent leur peine hors du territoire continental de l'empire.

L'article 12 de cette loi est ainsi conçu :

« Le Gouvernement pourra accorder aux condamnés « aux travaux forcés à temps l'exercice, dans la colonie, « des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, « dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale.

« Il pourra autoriser ces condamnés à jouir ou dis- « poser de tout ou partie de leurs biens.

« Les actes faits par les condamnés dans la colonie, « jusqu'à leur libération, ne pourront engager les biens « qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou « ceux qui leur seront échus par succession, donation « ou testament, à l'exception des biens, dont la remise « aura été autorisée.

« Le Gouvernement pourra accorder aux libérés l'exer- « cice, dans la colonie, des droits, dont ils sont privés « par les troisième et quatrième paragraphes de l'article « 34 du Code pénal » (*infra*, n° 213; et l'article 4 de la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile).

§ II.

De la privation des droits civils, par suite de condamnations judiciaires, à une peine emportant mort civile.

194. — Nous avons à rechercher sur ce sujet :

1° Ce que c'était que la mort civile, et à quelles peines elle était attachée;

2° Quels étaient ses effets;

3° A quel moment elle était encourue.

N° 1. — *Qu'est-ce que la mort civile, et à quelles peines était-elle attachée?*

195. — Un individu a été condamné à la peine de mort, ou des travaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, c'est-à-dire à l'une des trois peines les plus redoutables, peines *afflictives et perpétuelles!*

Quel sera, sur son état civil, l'influence de cette peine? Telle était la question à résoudre.

Nous n'hésitons pas à penser qu'il fallait faire, dans ce cas, ce qui a été fait, dans le cas de l'article 34 du Code pénal, pour la dégradation civique, c'est-à-dire, préciser cette situation, frapper plus fort sans doute, plus rudement, mais du moins déterminer, avec netteté, avec certitude, les droits dont on voulait enlever la jouissance au condamné.

Tel était bien aussi, suivant nous, le but de l'article 25 (*infra*, n° 208); mais en même temps, on avait employé une métaphore, on avait déclaré cet individu frappé de *mort civile!* Préoccupé du caractère d'intensité et surtout de perpétuité de la peine, on s'était dit que cet individu repoussé, réprouvé pour toujours par la loi, devait être retranché du sein de la société, et qu'il n'existait plus à ses yeux!

Or, il est facile de comprendre quelles difficultés,

quelles complications étranges et extraordinaires pouvait produire une telle fiction! une fiction, qui consistait à considérer comme mort un homme bien et dûment plein de vie, un homme qui pouvait, après la prescription de sa peine, vivre libre au milieu de cette même société, qui prétendait qu'il n'existait plus!... Nous n'en verrons que trop d'exemples.

La mort civile était donc la situation légale de l'individu qui avait été atteint par l'une des trois peines afflictives et perpétuelles, que nous venons d'énoncer, les seules, qui la produisaient (art. 22, 24, Cod. Napoléon, 18, Cod. pén.).

On a toujours dit que la mort civile n'était pas une peine.

Cela était vrai en ce sens, 1° qu'elle n'était pas elle-même l'objet direct de la condamnation, et que les magistrats n'avaient pas besoin de la prononcer[1]; 2° qu'elle résultait, au contraire, virtuellement et de plein droit, des peines, *auxquelles la loi a attaché cet effet* (art. 22, 24, 32).

C'est ainsi que la dégradation civique est, dans certains cas, une peine accessoire d'une autre peine principale (art. 28 Cod. pén.).

Mais, en réalité, la mort civile était pénale au premier chef; et nous allons bien le reconnaître à toutes ces privations, à toutes ces déchéances et incapacités, qu'elle accumulait sur la personne du condamné!

196. — Mais pourquoi dire que la condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile? (art. 23). N'était-ce pas frapper le néant?

Il était en effet très-difficile de comprendre comment la mort civile pouvait être véritablement encourue, lorsque le condamné avait été réellement exécuté.

1. Nous avons vu toutefois que le décret du 6 avril 1809 a prononcé la mort civile comme peine principale (*supra*, n° 186, § 1).

Nous allons voir que la mort civile résultait, non pas de la condamnation, comme le supposerait inexactement l'article 23, mais seulement de l'exécution même de la peine (art. 26). Or, dans le cas de l'exécution réelle de la peine de mort naturelle, à quel moment la mort civile pouvait elle donc atteindre le condamné ? Tant qu'il existait, la peine n'était pas exécutée; et quand la peine était exécutée, il n'existait déjà plus! Ce n'était donc que lorsque la condamnation à la mort naturelle était exécutée seulement par effigie, que la mort civile pouvait être véritablement encourue; ce qui arrivait dans deux cas : 1° après l'exécution par effigie d'une condamnation contradictoire, si le condamné s'était évadé depuis l'arrêt (art. 26); 2° cinq ans après l'exécution par effigie d'une condamnation par contumace (art. 27).

Nous verrons toutefois que le testament du condamné à la peine de mort naturelle, même exécuté réellement, devait demeurer sans effet (art. 23, 25); mais c'était plutôt, suivant nous, par l'effet d'une *indignité* prononcée contre l'individu, qui mourait sous le coup d'une telle peine, que par l'effet de la mort civile, c'est-à-dire par l'effet d'une cause qui, logiquement, rigoureusement, n'avait pu se réaliser (*infra*, n° 200).

197. — C'était une question fort délicate que celle de savoir si les condamnations prononcées par les tribunaux militaires emportaient la mort civile.

L'affirmative paraît bien rigoureuse, si on songe que la peine de mort pouvait être, dans certains cas, prononcée pour des faits qui auraient été, devant les tribunaux ordinaires, beaucoup moins sévèrement réprimés. (L. 6, § 6, ff. *De. inj. rupt. test.;* Pothier, *Des personnes*, tit III, sect. II.)

Mais pourtant, c'est la nécessité suprême de la discipline qui a exigé l'établissement de ces peines sévères; et la mort civile dès lors n'en était-elle pas aussi la conséquence? ajoutez : 1° que c'est le Code Napoléon, qui

détermine, en général, et pour tous les Français, l'état des personnes, la jouissance et la privation des droits civils; or, nos articles ne distinguaient pas entre les différentes condamnations; 2° que c'est après tout, au nom de la même puissance publique, que les peines sont prononcées dans tous les tribunaux du pays, quels que soient leur organisation et leur caractère particulier; 3° qu'une ordonnance du 17 janvier 1730 déclare formellement que tout déserteur condamné à la peine de mort, encourt la mort civile; 4° enfin, que cette proposition fut reconnue à la Chambre des pairs, dans la discussion du projet de Code pénal militaire (*Moniteur* du 21 avril 1829; comp. Trébutien, *Cours élém. de droit crim.*, t. I, p. 239).

Toutefois, une distinction paraît devoir être faite aujourd'hui, d'après le nouveau Code pénal militaire, entre les condamnations prononcées contre un militaire, *en vertu des lois pénales ordinaires*, et les condamnations prononcées, en vertu des lois militaires spéciales.

L'article 188 de la loi du 9 juin 1857 est, en effet, ainsi conçu :

« *Lorsque la condamnation à la peine de mort est pro-*
« *noncée contre un militaire, en vertu des lois pénales ordi-*
« *naires,* elle entraîne de plein droit la dégradation mi-
« litaire. »

D'où il suit que la peine de mort prononcée contre un militaire n'entraîne pas toujours la dégradation militaire; or, s'il en est ainsi, elle ne doit pas entraîner toujours non plus la dégradation civique, ni les autres conséquences que la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile, a décrétées contre les condamnés à des peines perpétuelles. Ce n'est donc qu'autant que le militaire aurait été condamné, pour un crime de droit commun, en vertu des lois pénales ordinaires, qu'il encourrait les effets que les lois pénales ordinaires attachent à la condamnation (arg. de l'article 189 de ladite loi du

9 juin 1857 et de l'article 240 de la loi du 15 juin 1858; comp. Berthauld, Cours de Code pén., p. 264; Humbert, *Des conséquences des condam.*, etc., n° 226).

198. — De tout ce que nous venons de dire, il résulte que la mort civile avait un double caractère :

1° Elle était afflictive, elle était pénale;

2° Elle affectait l'état civil du condamné; elle constituait sa situation légale, son état personnel.

De là un conflit de principes assez sérieux.

Un étranger, frappé dans son pays de mort civile, devrait-il être, en France, considéré comme mort civilement? comme incapable en conséquence de recueillir les successions qui s'ouvriraient à son profit? (Loi du 14 juillet 1819.)

On peut dire que les lois étrangères sur l'état des personnes, suivent l'étranger en France (*supra*, n° 101); nous avons même pensé que ce principe s'appliquait aux jugements rendus en pays étranger, en vertu de ces lois, lorsqu'ils étaient *attributifs, constitutifs* de l'état de la personne (*supra*, n° 103; comp. Demangeat sur Fœlix, t. II, p. 213; Demante, t. I, p. 107).

Mais d'un autre côté, les peines, les condamnations pénales, ne s'appliquent, ne s'exécutent que dans les limites de la souveraineté, au nom de laquelle elles ont été prononcées; or, en soi, la mort civile est une peine; je suivrais donc ce dernier sentiment comme le plus humain et le plus favorable. Mais le motif même qui me détermine, annonce qu'il en devrait être autrement (quoique cette différence puisse d'abord paraître extraordinaire), si la mort civile de l'étranger dans son pays résultait non point d'une condamnation pénale, mais de l'état monastique et de la profession religieuse. Il n'y aurait plus alors de motif pour ne point appliquer les règles du statut personnel (Merlin, *Rép.*, v° *Jugement*, t. IV, p. 621; v° *Renonciation à succ. fut.*, § 6, p. 348-363; Hanin, *Des*

conséq. des condamnat. pén., p. 273; Humbert, n° 209; Paris, 13 juin 1814, Styles, Sirey, 1815, II, 67).

Il y a un motif de plus aujourd'hui de le décider ainsi, depuis la loi du 31 mai 1854, qui a aboli la mort civile en France; car on peut dire que cet état de mort civile est considéré désormais, en France, comme contraire à l'ordre public; et c'est en effet, par ce motif, que notre honorable collègue, M. Berthauld, qui, avant la loi de 1854, aurait, dit-il, embrassé l'opinion contraire, s'est rallié à l'opinion, d'après laquelle la mort civile, attachée par des lois étrangères à des condamnations prononcées à l'étranger contre un étranger, ne doit point avoir d'effet en France (comp. *Quest. controv. sur la loi du* 31 *mai* 1854, nos 1, 2, p. 9 et suiv.).

Il est certain, à plus forte raison, que le Français, frappé de mort civile par suite d'une condamnation judiciaire en pays étranger, ne serait pas mort civilement en France. C'est là une règle qui a été, de tout temps, reconnue (comp. Rousseau de la Combe, v° *Accusation*, n° 12, Merlin, *Répert.*, v° *Mort civile*, § 1, art. 2, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 286; Valette sur Proudhon, t. I, p. 136, note 2).

N° 2. — *Quels étaient les effets de la mort civile?*

199. — J'exposerai d'abord successivement les différents effets de la mort civile déterminés par l'article 25, pour examiner ensuite deux questions générales, à savoir :

1° Si, à l'égard du condamné lui-même, la mort civile produisait encore d'autres effets que ceux énoncés par cet article;

2° Si, à l'égard des tiers, la mort civile produisait les mêmes effets, et ouvrait les mêmes droits que la mort naturelle.

200. — *Par la mort civile, le condamné perd la pro-*

priété de tous les biens qu'il possédait; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament (art. 25, 718).

Comment expliquer, en principe, cette disposition, qui transmettait la succession aux héritiers légitimes, et refusait au légataire le bénéfice du testament?

On a dit :

Le testateur doit avoir la capacité à deux époques : 1° à l'époque de la confection du testament, la capacité de *droit* et de *fait;* de *droit,* c'est-à-dire pouvoir transmettre légalement à titre gratuit; de *fait,* c'est-à-dire être *sain d'esprit* (art. 901, 902); 2° à l'époque de la mort, la capacité *de droit ;*

Or, celui qui mourait civilement, n'était point alors capable de *droit,* capable de transmettre ;

Donc, son testament devait demeurer sans effet, lors même qu'il avait été fait avant la condamnation ou avant le crime, puisque la première époque de capacité ne suffit pas, si la seconde vient à manquer (comp. Duranton, t. I, n° 248).

Cette solution était incontestable; l'article 25 porte formellement que, *par la mort civile,* le condamné meurt *sans testament ;* il n'y avait donc pas de difficulté possible, dans la pratique, sur ce point.

Mais restait la question doctrinale, qui peut avoir son intérêt et son importance à d'autres égards.

Or, j'avoue que, logiquement, il me paraît très-difficile de comprendre que la nullité du testament pût être le résultat d'une *incapacité* produite par la mort civile. Et d'abord, dans le cas d'une condamnation à la mort naturelle exécutée réellement, nous avons vu que le condamné n'avait véritablement pas encouru la mort civile (*supra,* n° 196). Ensuite, même dans le cas où la mort civile était effectivement encourue, comment distinguer, en ce qui concerne le testament, entre la mort naturelle et la

mort civile du testateur? Est-ce que, dans les deux cas, sa condition, à cet égard, n'était pas la même? Avant sa mort, soit naturelle, soit civile, il était encore capable; après sa mort, soit naturelle, soit civile, il ne l'était plus; enfin, au moment même où il mourait, soit naturellement, soit civilement, c'est-à-dire, à ce moment où le testament s'ouvre et se réalise, il était encore capable! car il existait encore; car il n'y a que les vivants qui meurent!... *momentum mortis vitæ annumeratur.*

La parité était donc complète.

Le plus qu'on pût faire pour cette fiction de la mort civile, c'était de l'assimiler de tous points à la mort naturelle, de lui attribuer les mêmes effets. Or, la mort naturelle ne rend pas le testateur incapable de transmettre; l'effet ne saurait précéder la cause; et, encore une fois, au moment même où il meurt, c'est-à-dire où il transmet, il existe encore. Eh! mais, s'il n'existait pas, est-ce qu'il pourrait transmettre? La transmission n'est possible par lui, de son chef, qu'autant qu'il existe; et quand nous voulons qu'il soit alors capable, apparemment nous supposons qu'il est encore vivant, au moment même où la transmission s'accomplit.

Eh bien! tout cela était également vrai de la mort civile, qui ne pouvait rationnellement avoir, pas plus que la mort naturelle, un effet antérieur à elle-même. Si le mort civilement eût été incapable, lorsque la mort civile le frappait, il n'aurait pas pu non plus transmettre sa succession ab intestat (Merlin, *Rép.*, v° *Héritier,* sect. v, p. 669); et la preuve en est dans notre article 25, deuxième alinéa, et dans l'article 33, qui prononcent une incapacité absolue de transmission des biens acquis depuis la mort civile.

Duranton reconnaît lui-même la force de ce raisonnement; mais il ajoute que, dans le cas particulier de condamnation à la mort naturelle, et précisément *pour faire tomber le testament du mort civilement,* on avait ima-

giné une *fiction*, par suite de laquelle la mort civile précédait, un instant de raison, la mort naturelle (t. I, n° 261).

La logique rigoureuse des principes pouvait donc se refuser à voir, dans la nullité du testament, l'effet d'une incapacité produite par la mort civile. C'était là plutôt une indignité prononcée par la loi, qui n'avait pas voulu consacrer les dernières volontés de l'individu, qu'une telle peine a frappé; aussi, Pothier y voit-il un résultat de l'infamie, dont le condamné est atteint (*Des personnes*, part. I, tit. III, sect. III, *Des infâmes*).

Ces développements font également comprendre pourquoi la mort civile, résultant de la profession religieuse, n'empêchait pas autrefois l'exécution du testament; car cette cause de mort civile ne produisait point l'infamie, ni par conséquent l'indignité.

On va voir que cette explication théorique n'était pas sans importance et sans utilité pratique.

201. — On demandait, par exemple, si l'institution contractuelle (art. 1082, 1084) devait demeurer sans effet par suite de la mort civile du donateur?

Pour l'affirmative, on a dit :

La capacité de transmettre doit exister au moment même où la transmission s'opère;

Or, dans l'institution contractuelle, semblable en ce point au testament (comp. art. 1039, 1089), la transmission ne s'opère qu'à la mort du donateur;

Donc, il doit être capable de transmettre à cette époque (comp. Demante, *Thémis*, t. VII, p. 476 et 485).

L'opinion contraire me paraît néanmoins préférable :

1° On peut nier d'abord que la transmission ne s'opère uniquement que par le décès du donateur. Celui-ci ne peut plus disposer à titre gratuit (art. 1083); il y a donc déjà un effet produit, un droit, tel quel, acquis au donataire. Sa survie est sans doute requise pour le complément, pour l'entière réalisation de son droit; mais ne

faut-il pas aussi que le légataire conditionnel survive et soit capable à l'événement de la condition (art. 1040)? et pourtant, depuis le décès du testateur, son droit ne peut plus lui être enlevé par personne.

2° L'individu frappé de mort civile n'était pas logiquement *incapable* de transmettre au moment même où la mort civile le frappait (*supra*, n° 200); c'était plutôt pour cause d'*indignité*, que la loi annulait son testament; or, d'une part, le texte ne s'applique qu'au *testament*, et il s'agit ici d'une donation par contrat de mariage; d'autre part, on s'explique très-bien pourquoi la loi n'avait pas voulu que l'*indignité* du donateur enlevât au donataire les légitimes espérances, que le contrat de mariage lui avait assurées.

Ces motifs ne devraient-ils pas même nous porter à dire que les donations par contrat de mariage, faites dans les termes de l'article 1086, ne devaient pas non plus être anéanties par la mort civile?

Je reconnais, toutefois, combien cette solution est plus contestable qu'à l'égard de l'institution contractuelle, qui est irrévocable, et que le donateur ne pouvait plus détruire par son fait. Mais reste toujours l'argument tiré de ce que le mort civilement, capable de transmettre, n'était déclaré indigne qu'à l'égard du testament, et qu'enfin le maintien des donations par contrat de mariage, quel que soit leur caractère, est toujours favorable.

202. — Le mort civilement *ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite* (art. 25).

En effet, ses parents, ses héritiers, avaient recueilli sa succession; il ne comptait plus dans la famille; sa place et son degré étaient vacants; ses enfants pouvaient le *représenter* (art. 744). Aussi, les biens, par lui acquis depuis la mort civile, appartenaient-ils à l'État par *droit de déshérence* (art. 33). Ces mots, et les principes qu'ils représentent, prouvent assez qu'il n'y avait pas ici *confisca-*

tion, et que, par conséquent, cet article 33 du Code Napoléon n'avait pas été abrogé par l'article 66 de la Charte de 1814 (art. 57 de la Charte de 1830). Carnot, toutefois, enseigne l'opinion contraire (sur l'article 476 du Code d'instruction criminelle, n° 2).

Seulement, il était loisible à l'Empereur de faire au profit de la veuve, des enfants ou des parents du condamné, telles dispositions que l'humanité lui suggérait.

Mais les créanciers du condamné, antérieurs à sa mort civile, pouvaient-ils exercer des poursuites et se faire payer sur le prix des biens acquis par lui depuis la mort civile encourue?

La succession était ouverte par la mort civile, comme par la mort naturelle (art. 25, 718); et les effets de cette ouverture étaient les mêmes, en ce qui concerne la liquidation, les rapports, les actions en réduction, le payement des dettes (art. 873, 1220);

Or, après la mort naturelle du débiteur, les créanciers ne peuvent agir que contre ses heritiers ou contre le curateur à la succession vacante;

Donc, il en devait être de même, après sa mort civile; et il fallait dire, avec la loi 3 au Code *De sententiam passis : æris alieni ex præcedente tempore pœna liberatus est* (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Inscript. hyp.*, § 1, p. 577; Delvincourt, t. I, p. 213; *voy.* aussi L. 147, ff. *De fidej.*).

Cette solution me paraît, en effet, logique; et si la succession du mort civilement était suffisante pour payer ses dettes, ou même si son héritier pur et simple était solvable, si enfin les créanciers avaient eu un moyen de se faire payer et ne pouvaient imputer qu'à eux-mêmes de ne l'avoir pas employé, je pense qu'ils n'auraient pas pu recourir contre le mort civilement.

Mais supposez, au contraire, que sa succession fût insolvable, acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou même répudiée. Aurait-on dû refuser l'action aux créanciers?

oui, *à la rigueur*, comme dit Delvincourt; car les principes, que nous venons d'exposer, ne sont pas subordonnés à l'importance plus ou moins grande des biens héréditaires.

Mais ce résultat était si dur, qu'on avait cherché à s'y soustraire. On avait donc dit que l'obligation *naturelle*, l'obligation dérivant *du droit des gens*, n'était pas éteinte dans la personne du mort civilement (Coin-Delisle, art. 25, n° 14).

Je m'expliquerai tout à l'heure sur ces classifications, sur ces distinctions entre les *droits naturels* et les *droits civils* (*infra*, n° 203); mais il me semble que, dans la question actuelle, c'était manquer son but, c'était reconnaître que le créancier n'avait plus d'action, ne pouvait plus agir en justice, que de se borner à soutenir que l'*obligation naturelle* subsistait (art. 1235).

Si donc il avait fallu dévier du principe pur et rigoureux, j'aurais mieux aimé dire, avec M. Dalloz (t. VI, p. 625), que la mort civile avait pour but d'aggraver et non d'améliorer la position du condamné, et que cette ouverture anticipée et fictive de la succession d'un homme vivant pouvait être regardée comme une sorte de dessaisissement général de son patrimoine, attribué par la loi à ses héritiers, et qui ne devait le libérer que jusqu'à concurrence des biens, dont il avait été dépouillé (Cass., 15 avril 1828, Sarret, D., 1828, I, 211; Toulouse, 4 juin 1833, Quenquery d'Olive, D., 1834, II, 15, en remarquant, toutefois, que ces arrêts sont particulièrement fondés sur les lois spéciales relatives à l'émigration).

203. — Le mort civilement *ne peut plus ni disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir, à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments* (art. 25).

Cette incapacité comprenait-elle les donations manuelles d'argent ou d'autres biens mobiliers?

Pour la négative, on a dit :

1° La donation de la main à la main est restée dans les termes du droit naturel; le droit civil ne s'en occupe pas; or, le mort civilement conservait les droits naturels; il n'était déchu que des droits civils.

2° Quelle puissance d'ailleurs aurait pu s'opposer à ces donations, qui se font sans acte, et ne laissent aucune trace?

3° Enfin, aurait-on refusé au mort civilement le droit de consentir ou de recevoir la remise d'une dette? N'est-ce pas là un mode d'extinction des obligations (art. 1234, 1282), une transaction en quelque sorte, un arrangement quelquefois même forcé, comme en cas de faillite dans un concordat? (Comp. Duranton, t. I, n° 263; Richelot, t. I, p. 171; Zachariæ, t. I, p. 324; Montpellier, 10 novembre 1840, le préfet de l'Aude, Dev., 1841, II, 237.)

L'affirmative m'avait pourtant paru préférable :

1° J'ai déjà dit que je ne me rendais pas bien compte aujourd'hui, sous notre Code Napoléon, de cette distinction ancienne, qui me paraît s'être mal à propos perpétuée, entre les *droits naturels* et les *droits civils*. Elle a pris naissance dans la législation romaine, où la différence du *droit naturel* ou *des gens* et du *droit civil* jouait, en effet, dans le principe surtout, un très-grand rôle entre les *cives romani* et les *peregrini*, mais par des circonstances et par des motifs étrangers à nos mœurs et à nos lois. Aujourd'hui, la loi *civile*, la loi *positive* me paraît être la seule, qui puisse être invoquée devant les tribunaux, pour servir de base à une condamnation judiciaire; si donc le mort civilement conservait encore certains droits, qu'il pouvait réclamer en justice et qui lui étaient garantis par la puissance publique, c'étaient nécessairement des *droits civils* (*infra*, n° 208). Eh bien! je crois qu'il résulte de l'article 25, qu'il ne conservait pas le droit *de donner et de recevoir à titre gratuit*, de quelque

manière que ce fût. C'est l'acte lui-même, dans sa nature, dans son caractère, et non pas seulement dans sa forme, qui lui était défendu; or, la donation manuelle est une libéralité, une donation enfin; elle peut même être très-importante; elle peut comprendre toute la fortune du disposant!

2° C'est là une règle commune à toutes les incapacités de disposer ou de recevoir, qui, autrement, n'auraient plus d'effet, plus de sanction. Le père naturel, par exemple, pourrait-il donner, de la main à la main, à son enfant reconnu, au delà de la portion déterminée par la loi? non sans doute (art. 908, 911)!

Mais, dit-on, comment prouver la donation manuelle? Cet argument tendrait encore à légitimer toutes les donations pareilles, faites par des incapables, ou à des incapables, ou au préjudice des héritiers réservataires. Il n'est donc pas concluant. Eh! mon Dieu! on la prouvera comme on prouve la fraude, par tous les moyens possibles (art. 1348, 1353).

3° J'en dis autant de la remise d'une dette, lorsqu'elle a le caractère d'une libéralité, lorsqu'elle serait, par exemple, révoquée pour cause d'ingratitude du donataire ou pour survenance d'enfant au donateur, ou réduite comme excédant la quotité disponible, ou annulée comme faite à un incapable (art. 911, 1099).

Mais ce n'est pas à dire, pour cela, que le mort civilement ne pût pas faire avec ses créanciers des arrangements, des transactions, ni qu'il fût incapable de consentir ou de recevoir la remise *forcée*, la remise *intéressée*, dans un concordat, en cas de faillite (comp. Valette sur Proudhon, t. I, p. 151).

204. — La loi néanmoins permettait au mort civilement de *recevoir à titre gratuit pour cause d'aliments*. Elle n'aurait pas pu, en effet, le priver de cette faculté, sans inconséquence, sans danger même, sans le pousser au désespoir et à de nouveaux crimes. Elle lui conservait

donc, non pas seulement le *droit naturel,* mais le droit positif, le droit civil de demander en justice l'exécution des dispositions faites, à ce titre, en sa faveur.

Je pense même que le mort civilement pouvait réclamer des aliments de ses enfants ou de ses ascendants, aux termes des articles 205 et suivants. L'article 25, en effet, lui permettait indistinctement de recevoir à titre d'aliments ; et l'on conçoit très-bien que la loi n'eût pas voulu briser cette obligation, dont l'origine et le caractère sont sacrés (comp. Paris, 18 août 1808, Dépinay de Saint-Luc, Sirey, 1812, II, 208).

Mais pouvait-il lui-même disposer à titre gratuit pour cause d'aliments?

Je ne le croyais pas :

1° Le texte ne lui conserve que la capacité de *recevoir* à ce titre;

2° Les motifs ne sont point les mêmes dans les deux cas, la faculté de recevoir à titre d'aliments ayant seulement pour but de lui procurer des moyens d'existence.

Duranton partageait aussi ce sentiment ; mais il exceptait le cas où le mort civilement disposerait en faveur *de son descendant ou de son ascendant, de son frère ou de sa sœur* (t. I, n° 28).

Cette opinion était sans doute très-favorable; mais il serait difficile de la justifier logiquement; et Coin-Delisle a pu en dire que c'était là *refaire la loi plutôt que l'expliquer* (art. 25, n° 28). Le plus qu'on pouvait faire, suivant moi, était de soutenir que le mort civilement eût été tenu de fournir des aliments à *ses enfants et à ses ascendants,* aux termes des articles 205 et suivants. Je ne dirai pas seulement que c'est là une obligation naturelle; cet unique motif ne serait pas suffisant pour créer un lien obligatoire, une cause de condamnation judiciaire. Mais je pense qu'on pouvait invoquer la solution précédente, qui accorde au mort civilement le droit de demander des aliments dans les mêmes cas, et en conclure que cette

conséquence des rapports de paternité et de filiation étant maintenue par la loi, l'obligation qui en résulte, devait conserver le caractère de réciprocité, qui lui appartient (art. 207).

205. — Le mort civilement *ne peut être nommé tuteur*, ou plus exactement, ne peut être tuteur, *ni concourir aux opérations relatives à la tutelle* (art. 25, 443, 445); *il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice*, excepté, toutefois, pour y donner de simples renseignements (art. 269 Code d'inst. crim.; 28, 34 Code pén.); *il ne peut procéder en justice, ni en demandant, ni en défendant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée* (art. 25).

Ces déchéances, ces incapacités, procédaient de la même cause, d'abord de la rupture des liens de famille, et aussi de l'état de dégradation et d'infamie dans lequel le mort civilement était tombé.

Toutefois, puisqu'il pouvait encore être propriétaire, être débiteur ou créancier, soit en vertu de contrats, soit en vertu de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits commis par lui contre les tiers, ou par des tiers contre lui, il fallait bien qu'on lui accordât les moyens de procéder en justice, soit comme défendeur, soit comme demandeur.

Mais la loi ne voulait pas qu'il y figurât lui-même, et que l'homme que la justice avait frappé d'une peine perpétuelle, se présentât, en son propre nom, devant elle.

Aussi, cette forme de procéder était-elle d'ordre public.

206. — Enfin, le mort civilement *est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil; le mariage, qu'il avait contracté précédemment, est dissous quant à tous ses effets civils; son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture* (art. 25).

Le mariage était-il dissous de manière à ce que l'autre conjoint pût se remarier pendant la vie naturelle du mort civilement ?

L'affirmative, malgré la dissidence de Toullier (t. I, n° 285), m'a toujours paru incontestable :

1° Le mariage était *dissous quant à tous ses effets civils;*

Or, l'un des effets civils, les plus essentiels, de la dissolution du mariage, c'est précisément le droit pour l'autre conjoint de se remarier ; cela résulte de l'article 147, et surtout en ce qui concerne la mort civile, du rapprochement des articles 227 et 228.

2° Ces mots, *quant à tous ses effets civils*, se rapportaient uniquemeut à la séparation, qui venait de s'opérer entre le *mariage civil et le mariage religieux*, autrefois confondus.

3° Aussi, l'article 25 ouvrait-il, au profit de l'autre époux, tous les droits, qu'aurait ouverts la mort naturelle.

4° Comment caractériser d'ailleurs, dans le système contraire, l'état de l'autre conjoint, qui n'aurait été ainsi ni marié ni libre? Quel eût été l'état des enfants issus de ce prétendu mariage tout à la fois dissous et existant? La loi du 8 mai 1816, abolitive du divorce, n'avait pas pu modifier cette solution. Le divorce et la mort civile étaient deux causes distinctes et indépendantes de dissolution de mariage. Le divorce seul était aboli ; la mort civile subsistait encore (comp. Toulouse, 26 mars 1837, Delbals, Dev., 1837, II, 296 ; Cass., 1er mars 1841, de Lons, Dev., 1841, I, 184 ; Merlin, *Rép*, v° *Mort civile*, t. XVII, p. 167)

La difficulté de savoir à quelle époque s'accomplissait cette dissolution du mariage, dans le cas d'une condamnation par contumace, était beaucoup plus sérieuse ; nous en parlerons bientôt (*infra*, nos 230 et 232).

207. — La bonne foi de l'autre conjoint pouvait-elle

donner les effets civils au mariage contracté avec le mort civilement ?

L'affirmative, quoique contestée par Merlin (*Rép.*, v° *Empêchement*, § 5 ; *Quest. de dr.*, v° *Légitimité*, sect. I, § 1), me semble encore facile à établir :

Aux termes des articles 201 et 202, le mariage déclaré nul produit néanmoins, les effets civils à l'égard de l'époux ou des époux de bonne foi ;

Or, en fait, celui qui avait épousé un mort civilement, pouvait être de bonne foi ; il pouvait même avoir été cruellement trompé !

Donc, il était tout à fait dans l'hypothèse de nos articles, de la même manière que celui qui épouserait une personne déjà mariée, la croyant libre (Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 440).

La difficulté véritable n'était donc pas de savoir si ce mariage putatif produirait les effets civils, mais bien de préciser, de déterminer ses effets.

Il n'était pas douteux que les enfants auraient été légitimes à l'égard de l'époux de bonne foi, qu'ils seraient entrés dès lors dans sa famille, et y auraient acquis tous les droits de successibilité réciproque, qui appartiennent aux membres des familles légitimes.

Mais auraient-ils succédé à leur père ou à leur mère mort civilement, et aux parents de celui-ci ?

Il s'était formé, à cet égard, trois opinions :

1° La première soutenait que les enfants devaient succéder au mort civilement et à ses parents. Le mariage produisait en leur faveur les effets civils ; or l'un des effets civils du mariage est de conférer aux enfants le droit de succéder à leur père et à leur mère, et à tous les parents de leurs père et mère. — La légitimité est indivisible ; or, les enfants étaient légitimes à l'égard de l'époux de bonne foi ; donc, ils étaient, par cela même, légitimes à l'égard du mort civilement (comp. Delvincourt, t. I, p. 214 ; Richelot, t. I, p. 173).

2° La seconde opinion distinguait : les enfants ne devaient pas succéder au mort civilement, parce qu'il était incapable de transmettre (art. 25); mais ils devaient succéder à ses parents, parce qu'alors on trouvait, de part et d'autre, la capacité de transmettre, et la capacité de recevoir (comp. Duranton, t. I, nos 258 et 259; Cass., 15 janv. 1816, d'Orsay, Sirey, 1816, I, 81).

3° Enfin, la troisième opinion, que je crois la plus conforme aux vrais principes, enseignait que les enfants ne pouvaient succéder ni au mort civilement, ni à ses parents :

Point au mort civilement, parce qu'il était incapable d'avoir une parenté civile, incapable de transmettre (art. 25);

Point à ses parents, parce qu'ils ne pouvaient se rattacher à eux que par lui; et que lui ! le mort civilement, ne se rattachait plus à ses parents, puisque cet anneau de la parenté étant brisé, aucune relation de famille ne pouvait désormais se former de son chef, pas plus que du chef de tout autre individu étranger.

Mais, dit-on, le mariage produit les effets civils !

Que résulte-t-il de là? qu'il faut supposer valable ce mariage qui est nul, et lui attribuer les effets qu'il produirait, s'il était, en réalité, valable. Ainsi, dans notre hypothèse, il faut supposer qu'un mort civilement avait pu se marier; il faut considérer comme valable son mariage;

Or, si un mort civilement, avec l'état que la loi lui avait fait, avait pu se marier, ses enfants ne lui auraient pas succédé, puisqu'il était incapable de transmettre, et n'auraient pas succédé non plus à ses parents, auxquels il était désormais étranger;

Donc, la fiction qui suppose le mariage valable, ne saurait avoir plus d'effet que n'en aurait la vérité même, si elle était possible.

Ce qui produit la méprise, c'est qu'on déplace cette

fiction; c'est qu'au lieu de l'appliquer seulement à l'objet et au but qu'elle se propose, savoir : au mariage lui-même, à sa validité, à sa légitimité, on l'étend jusqu'à l'état personnel des époux eux-mêmes pour le modifier, pour le dénaturer ; or, cela ne me paraît pas possible.

Est-ce que, par exemple, l'individu qui aurait épousé de bonne foi un enfant naturel déjà marié, lors même qu'il l'aurait cru tout à la fois libre et légitime, est-ce qu'il pourrait soutenir qu'en vertu des articles 201 et 202, ses enfants succéderont aux parents de l'enfant naturel?

Non sans doute (art. 756), parce que l'état de chaque conjoint demeure *après* ce qu'il était *avant*, et qu'il n'est ni changé ni modifié par le mariage putatif; parce que, dès lors, les effets de ce mariage ne peuvent être que ceux que comporte l'état de chaque époux, que ceux, en un mot, qu'aurait pu produire, eu égard à cet état, ce même mariage non déclaré nul.

Quant à l'argument tiré de ce que la légitimité serait indivisible, nous établirons plus tard qu'il n'est pas décisif; ainsi, les enfants auraient succédé à l'époux de bonne foi et à ses parents; ils n'auraient pas succédé au mort civilement ni à ses parents; on voit qu'il n'y a rien là d'indivisible (comp. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 440; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Légitimité*, § 5; Coin-Delisle, art. 25, n° 37).

208. — Posons maintenant la première question générale annoncée plus haut (n° 199).

L'art. 25 était-il limitatif?

D'autres articles mentionnaient encore les effets de la mort civile (227, 617, 718, 744, 1441, 1442, 1462, 1517, 1865, 1939, 1982, 2003).

Mais la plupart de ces dispositions se bornaient à appliquer, à rappeler les effets énumérés dans l'article 25.

Reste donc la question générale de savoir quelle était,

au vrai et précisément, l'état, la condition juridique du mort civilement? Quels sont les droits, qu'il conservait? et enfin, si on pouvait lui appliquer d'autres déchéances que celles qui étaient prononcées contre lui par un texte de la loi?

Une opinion très-accréditée enseignait que l'article 25 n'était pas limitatif (Zachariæ, t. I, p. 323):

1° Ces mots de l'article 22: *aux droits civils ci-après exprimés*, n'avaient pas pour but, disait-on, de limiter les effets de la mort civile; l'article lui-même était seulement fait pour exprimer le maintien, la conservation dans nos lois, de cet état de *mort civile*, qu'on voulait d'abord supprimer.... — *emporteront la mort civile*.... voilà le but essentiel de l'article 22.

2° *La mort civile!* c'était le mot le plus absolu et le plus énergique qui pût être employé! Il exprimait un retranchement complet, une séquestration totale de la société; le condamné n'existait plus aux yeux de la loi. Comment aurait-il pu avoir encore des droits civils?

3° Quelles n'auraient pas été, en effet, les conséquences du système contraire! Il aurait donc fallu dire que le mort civilement conservait les droits politiques!... la puissance paternelle!... le droit d'adopter et d'être adopté!... d'être expert, arbitre! de faire cession de biens! or, tout cela n'était pas admissible; l'étranger lui-même n'a pas la plupart de ces droits; comment le mort civilement, dont la condition est bien pire, aurait-il pu les avoir! — Quel était donc son état! il avait perdu *tous les droits civils;* il ne pouvait invoquer que le *droit naturel et le droit des gens*, suivant la loi 15, ff. *De interdictis et relegatis* (Cass., 14 juin 1827, héritiers Luxembourg, D., 1827, I, 272). *Les seuls actes qui lui soient permis, sont ceux qui peuvent se passer des formes civiles* (Richelot, p. 166-168; Troplong, *Des hypothèques*, t. I, n° 453 *ter*). Et de là ces deux auteurs concluaient que le *mort civilement est dans l'incapacité d'hypothéquer;* et ils

lui refusaient même le droit *d'employer le ministère d'un notaire à l'effet de rendre authentique une convention ou une libération* (Richelot, p. 169; Troplong, *De la vente*, t. I, n° 175).

Je n'avais pas cru devoir m'associer à cette théorie :

1° J'ai déjà exprimé ma pensée sur ces distinctions entre les différentes espèces de droits, distinctions par suite desquelles on les sépare en trois classes, savoir : les droits naturels ou absolus, les droits mixtes, les droits purement civils. Je pense que toutes ces catégories sont aujourd'hui, sous l'empire de notre Code Napoléon, embarrassantes et dangereuses (Zachariæ, t. I, p. 164; Valette sur Proudhon, t. I, p. 134). Il est vrai qu'elles avaient d'abord trouvé place dans le projet du Code, dont les articles 25, 30 et 31 privaient seulement le mort civilement *des avantages du droit civil proprement dit*, et le laissaient capable *des actes du droit naturel et du droit des gens;* mais ces articles ont disparu; et je crois qu'il faut s'en féliciter.

La question était de savoir, en effet, quels droits, quelles facultés le mort civilement pouvait encore exercer juridiquement? quels droits, quelles facultés lui étaient encore garantis par la sanction de la puissance publique?

Or, quelle que fût d'ailleurs l'origine médiate de ces droits, ils ne pouvaient exister pour lui utilement, efficacement, que par le secours, que par la sanction de la puissance publique;

Donc les droits qui lui restaient ainsi, ne pouvaient être que les droits civils.... *jus civile est, quod a potestate civili proficiscitur* (Grotius, *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. I, n° 14). Et d'ailleurs, le condamné ne perdait-il pas la propriété de ses biens? son mariage n'était-il pas dissous? ce sont là pourtant des droits naturels, dans le sens élevé et philosophique de ce mot; la distinction était donc, sous ce rapport encore, en échec.

2° D'une part, l'article 22 emploie les mots : *ci-après*

exprimés; d'autre part, on ne s'était pas contenté de l'expression *mort civile;* on avait énuméré, on avait détaillé les droits civils, dont on voulait dépouiller le condamné; or, c'était là une énumération pénale, qui ne me paraissait pas pouvoir être étendue. Le mort civilement devait donc, suivant moi, conserver les droits civils, qui ne lui étaient pas explicitement ou implicitement, formellement ou virtuellement enlevés par la loi; je pense qu'il était possible de répondre, avec cette théorie, aux objections de l'opinion contraire.

Ainsi, on nous disait :

Mais le mort civilement aurait donc conservé les droits politiques? — Eh! comment vouliez-vous qu'il les conservât, quand les articles 28 et 34 du Code pénal attachent la dégradation civique même à des peines infamantes qui n'emportaient pas la mort civile? (*voy.* aussi art. 7, 8 et 42 Code pén., et art. 4 de la loi du 22 frimaire an VIII). — Mais la puissance paternelle? le droit d'émanciper ses enfants, de consentir à leur mariage?... le droit d'adopter ou d'être adopté? de reconnaître un enfant naturel?... — Eh! comment aurait-il pu conserver ces droits, quand la loi ouvrait sa succession, déclarait son mariage dissous, lui enlevait par conséquent la puissance maritale; et, en le déclarant incapable de la tutelle et de toutes les opérations qui s'y rattachent, proclamait ainsi la rupture de toute relation de parenté, sauf les exceptions indiquées plus haut! (N° 204.)

Je crois même qu'il résultait virtuellement de là que si le mort civilement était lui-même mineur ou dans un état habituel de démence ou de fureur, on n'aurait pas pu procéder, à son égard, suivant les règles ordinaires en matière de minorité et d'interdiction, et que la composition d'un conseil de famille, la nomination d'un tuteur, d'un subrogé tuteur, que tout ce mécanisme enfin, que toute cette organisation de la tutelle, n'auraient pas été, nécessairement et de tous points, applicables au mort

civilement; il eût été alors dans les attributions du procureur impérial, surtout si l'intérêt public y eût été engagé, de requérir du tribunal les mesures spéciales, que la situation aurait pu rendre nécessaires, comme, par exemple, la nomination d'un curateur (arg. de l'article 25).

Je conclus encore des articles 34 et 42 du Code pénal que le mort civilement n'aurait pas pu être expert.

Mais arbitre?

Je ne le croirais pas non plus : ni arbitre forcé (art. 53, 54 Code de comm.), ni même arbitre volontaire; car le jugement arbitral doit être rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal; et on n'aurait pu demander à la justice de sanctionner la décision rendue par un mort civilement, la loi ne permettant pas qu'il figurât en son nom, dans ses procès personnels (art. 25, 2123, Code Nap.; 1020, Code de procéd.; 61, Code de comm.)

Quant au bénéfice de cession de biens judiciaire, on pouvait soutenir qu'il n'en était pas incapable, puisqu'il pouvait contracter, s'obliger, et que dès lors, ainsi que nous allons le dire, il devait pouvoir invoquer les modes d'extinction des obligations (art. 1234, 1265). Il est vrai que les étrangers ne sont pas admis au bénéfice de cession (art. 905, Code de procéd.); mais c'est là surtout une conséquence de la loi, qui soumet les étrangers à la contrainte par corps pour la plupart de leurs obligations envers des Français, tandis qu'il n'en est pas ainsi du mort civilement. Pourtant, je ne croyais pas non plus que le mort civilement pût se prévaloir du bénéfice de cession de biens, l'article 901 du Code de procédure lui rendant impossible l'accomplissement de la condition à laquelle il est subordonné, puisqu'il ne pouvait pas se présenter en personne à l'audience du tribunal (art. 25).

Tous ces effets de la mort civile, je les trouvais dans les textes virtuellement, implicitement; je les trouvais

prononcés comme conséquences nécessaires des autres incapacités.

Mais où était le texte qui, de quelque manière que ce fût, déclarât le mort civilement incapable de *consentir ou de stipuler une hypothèque? d'acquérir ou de se libérer par prescription? de figurer dans un acte notarié?*

Il n'y en avait pas; pas plus qu'il n'y en avait, qui le déclarât incapable d'acheter, de vendre, de prêter, d'emprunter, de contracter des sociétés, etc.

Au contraire, l'article 33 suppose qu'il pouvait acquérir des biens, être propriétaire, créancier, débiteur.

Et pourquoi avait-il tous ces droits? il les avait en vertu de l'article 1123 du Code Napoléon, d'après lequel toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi; il les avait donc comme *droits civils*. Sans doute, la nature même et l'origine de ces sortes de contrats avaient dû les lui faire réserver; mais c'était toujours finalement la loi positive, la loi civile qui les lui réservait, qui les lui garantissait. Or, la loi positive, en lui conservant ces droits, avait dû lui conserver aussi les autres droits civils nécessaires pour les exercer; elle avait dû, en lui laissant la faculté civile de contracter et d'acquérir, lui laisser les moyens accessoires, les moyens civils et légaux, par lesquels cette faculté principale s'exerce et se réalise; elle avait donc dû lui laisser la faculté de prescrire, d'hypothéquer, de figurer dans un acte notarié; et voilà bien pourquoi elle ne l'en avait nulle part, ni directement, ni indirectement, déclaré incapable.

Ajoutez que cette situation était non-seulement rationnelle et logique, mais équitable, humaine, nécessaire. Qui veut la fin, veut les moyens (Merlin, *Rép.*, t. XVII, p. 158).

Ne voit-on pas d'ailleurs à quelles conséquences se trouvait entraîné le système de MM. Troplong et Richelot?

Je demande, par exemple, si, d'après ce système, le

mort civilement aurait pu invoquer l'article 1325, dans le cas où une convention synallagmatique, faite par lui, n'aurait pas été rédigée en deux originaux?

Je ne crois pas qu'on eût pu répondre négativement; et pourtant, n'est-ce pas là, comme on dit, une *forme civile?*

D'après nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, « le « mort civilement conservait la jouissance et l'exercice « de tous les droits indispensables au soutien et à la dé-« fense de sa vie physique, à la condition de ne les faire « valoir en justice que sous le nom et par le ministère « d'un curateur spécial. » (Zachariæ, t. I, p. 291 et 296.)

Mais cette doctrine n'était-elle pas bien vague, et, par suite aussi, très-peu *sûre?*

209. — On avait même élevé la question de savoir si le mort civilement conservait la qualité de Français, et si, par exemple, il devait être tenu de fournir la caution *judicatum solvi?* (Art. 16.)

La loi n'avait dit nulle part que le mort civilement perdrait sa nationalité; et même, la section première de notre chapitre étant intitulée : *De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français*, supposait la conservation de cette qualité dans la section deuxième, intitulée : *De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires.*

On ne pouvait donc pas dire que le mort civilement fût un étranger, ni dès lors exiger de lui la caution *judicatum solvi*, à laquelle aucun texte ne le soumettait, l'article 25 se bornant à déclarer qu'il ne pourrait paraître en justice que par le ministère d'un curateur (comp. Cass., 19 avril 1852, de La Roche Aymon, Dev., 1852, I, 801; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 208).

De même, j'avais pensé que le mort civilement, après la prescription de sa peine, pouvait avoir un domicile (art. 102), avec les effets seulement, bien entendu, que

sa situation personnelle comportait. Mais il n'y avait pas de motif pour que les articles 59 et 68 du Code de procédure ne lui fussent pas applicables, en ce qui concerne la remise de l'exploit et le tribunal compétent, en matière personnelle. Aucun texte ne le déclarait incapable d'avoir un domicile; et le principal établissement, qui constitue le domicile, est le plus souvent un fait, dont la loi se borne à déduire des conséquences, telles que celles que je viens d'indiquer, et dont aucune raison ne me paraissait empêcher l'application au mort civilement (*voy.* toutefois Duranton, t. I, n° 373; Richelot, t. I, p. 348, note 25).

210. — Enfin, il nous reste à savoir si, à l'égard des tiers, la mort civile produisait les mêmes effets, ouvrait les mêmes droits que la mort naturelle?

On a dit souvent que l'expression de *mort*, et, *a fortiori*, de *décès*, employé dans un contrat, dans un acte quelconque, ne se réfère qu'à la mort naturelle. Les parties ne sont pas réputées avoir prévu l'hypothèse extraordinaire et néfaste, où l'on commettrait un crime de nature à emporter la mort civile. Cette considération est vraie; et, par exemple, il en résultera que si je vous ai concédé l'usufruit de mon bien jusqu'à la mort d'un tiers, dont l'existence aura été ainsi prise pour terme, la mort civile de ce tiers n'aurait pas dû éteindre l'usufruit (art. 617, 620).

Mais, dans notre ancien Droit, on avait été trop exclusivement préoccupé de ce seul côté de la question; ainsi, plusieurs auteurs en concluaient que le droit de retour, stipulé par le donateur, pour le cas de prédécès du donataire, ne s'ouvrait point par la mort civile de celui-ci (Richer, *De la mort civile*, p. 476); c'était même une question fort débattue que celle de savoir si les gains de survie s'ouvraient par la mort civile au profit du conjoint du mort civilement (Merlin, *Rép.*, t. XVII, p. 158). Sur ce dernier point, le texte de l'article 25 était formel; son

époux et ses héritiers pouvaient exercer respectivement tous les droits, légaux ou conventionnels, auxquels la mort naturelle aurait donné ouverture.

C'est ainsi que le préciput s'ouvrait par la mort civile (art. 1517); tandis qu'il ne s'ouvrait pas par le divorce (art. 1518), qui pourtant brisait aussi le mariage et les conventions matrimoniales.

D'où vient cette différence?

C'est qu'à côté de la proposition posée plus haut, qui a sa vérité sans doute et sa justesse dans une certaine mesure, il y en a une autre aussi, qui doit se concilier avec elle, et même le plus souvent l'emporter. On peut la formuler ainsi : Lorsqu'il a été dans l'intention évidente des parties qu'un individu fût, à raison d'un certain droit, préféré aux héritiers légitimes, alors tout événement, qui appellerait les héritiers légitimes, doit appeler celui qui leur a été préféré (comp. L. 29, § 5, ff., *De lib. et posth. hæred. inst.*).

Voilà pourquoi l'époux recueillait les gains de survie, lorsque la mort civile, ouvrant la succession de son conjoint, le mettait en présence des héritiers de celui-ci, et réalisait ainsi son droit de préférence ; ce qui ne résultait pas du divorce.

Voilà pourquoi je pense aussi que le droit de retour se serait ouvert par la mort civile du donataire, le donateur ayant évidemment voulu empêcher que le bien par lui donné ne fût transmis, de son vivant et sous ses yeux, aux héritiers du donataire autres que ses enfants (comp. art. 951, 718, 747; *voy.* aussi art. 1156); Duranton est toutefois d'un avis contraire (t. VII, n° 490).

Il faut en dire autant de la substitution ; l'appelé doit être préféré aux héritiers légitimes du grevé ; or, la mort civile aurait fait passer les biens compris dans la substitution aux mains des héritiers légitimes, si elle n'avait pas ouvert la substitution; donc, elle devait l'ouvrir (art. 1053; Zachariæ, t. I, p. 324).

211. — On rencontre, à ce sujet, dans le Code Napoléon, deux dispositions, qui ne paraissent pas présenter beaucoup d'harmonie :

1° L'article 617, qui porte que l'usufruit s'éteignait par la mort civile de l'*usufruitier;*

2° L'article 1982, qui porte que la rente viagère ne s'éteignait point par la *mort civile du propriétaire*.

Comment expliquer cette différence?

Et d'abord, quant aux constitutions d'usufruit et de rentes viagères postérieures à la loi ainsi faite, cette différence pouvait s'expliquer par l'intention des parties elles-mêmes. En effet, lorsqu'elles établissent un droit quelconque, sans autre explication, elles sont réputées se référer tacitement aux modes d'extinction déterminés par la loi alors existante pour l'espèce de droit par elles constitué.

Mais, en théorie, pourquoi le Code Napoléon avait-il établi cette différence?

Eh! mon Dieu, c'est aussi par interprétation de la volonté présumée des parties, que son texte seulement avait rendue plus positive et plus certaine, en la consacrant. C'est parce qu'il avait considéré que l'usufruit est le plus souvent constitué à titre gratuit, par testament, par legs; tandis que la rente viagère est le plus souvent constituée à titre onéreux, par des personnes, qui placent ainsi leur bien à fonds perdu, pour augmenter leur revenu et leur aisance. Ajoutez que les mots : *rente viagère*, éloignaient, de plus en plus, de la pensée des parties le cas de mort civile, et, par conséquent, donnaient plus de force, dans ce cas, à la règle, qui supposait que les parties n'avaient eu en vue que la mort naturelle (*supra*, n° 210).

Remarquons d'ailleurs que l'article 1982 ne disait pas que les arrérages de la rente viagère continueraient d'être payés au mort civilement; il y aurait eu, par là, contradiction avec l'article 25, qui avait ouvert sa succes-

sion. C'était donc à ses héritiers qu'ils devaient être payés.

Fallait-il excepter le cas d'une rente purement alimentaire? M. Valette était porté à le penser (sur Proudhon, t. I, p. 153); et l'exception était, en effet, très-favorable; elle pouvait s'appuyer sur l'article qui permettait au mort civilement de recevoir pour cause d'aliments (*voy.* aussi Voët, ff., lib. IV, tit. v, *De capite minutis*, § 2). Toutefois, cette exception même était sérieusement contestable; et on pouvait soutenir que l'article 25, en ouvrant la succession, ne réservait au condamné aucune portion de ses biens, même pour aliments.

Mais ceci se rattache à une question plus générale, à la question de savoir dans quels cas et à quelle situation s'appliquaient les dispositions, qui permettaient au mort civilement d'exercer encore certains droits.

Nous devons donc maintenant l'examiner.

212. — Était-ce seulement après la prescription de sa peine? était ce même pendant sa durée?

Je m'explique.

Paul était mort civilement; et il subissait sa peine, ou du moins il ne l'avait pas encore prescrite. Ainsi, condamné aux travaux forcés à perpétuité, il était au bagne; ou, condamné à mort contradictoirement, il s'était évadé et avait été exécuté par effigie...; ou enfin, condamné par contumace, il ne s'était pas représenté dans le délai de cinq ans (art. 27, 28).... Dans ces différents cas, il n'avait pas encore prescrit sa peine; il la subissait, ou du moins il était en état de mort civile.... Je demande s'il pouvait faire des ventes, des achats, recevoir à titre d'aliments, etc...?

La question était fort délicate.

D'abord, dans le cas de condamnation aux travaux forcés à perpétuité, il aurait semblé inouï que le condamné à perpétuité eût des droits, que le condamné à temps n'avait pas; or, le condamné à temps est en état

d'interdiction légale (*supra*, n° 190). — Dans le cas de condamnation à mort, comment aurait-on pu reconnaître quelques droits à l'individu condamné contradictoirement et exécuté par effigie, et que la justice poursuivait pour l'exécuter réellement ! — Enfin, dans le cas de condamnation par contumace, n'aurait-il pas été bien extraordinaire encore que le contumax, interdit pendant les cinq ans de grâce (art. 27, 28), cessât de l'être, après les cinq ans, et qu'il eût, dans l'etat de mort civile qui le frappait alors, une capacité qu'il n'avait pas auparavant? Aussi, M. Richelot pensait-il (t. I, p. 166), que ce n'était qu'après l'expiration de sa peine que le mort civilement pouvait faire les actes, dont nous venons de parler.

Il est bien vraisemblable que telle était, en effet, l'hypothèse que le législateur avait eu en vue, en laissant certains droits au mort civilement, en lui permettant, par exemple, de recevoir à titre d'aliments. On avait probablement pensé qu'il était inutile de déclarer interdit de l'administration de ses biens, celui qui en perdait la propriété et dont la succession était ouverte.

Mais pourtant il ne suffisait pas d'une probabilité, d'une vraisemblance; il fallait un texte pour annuler les actes que le mort civilement aurait faits avant la prescription de sa peine; et légalement, logiquement, il me semblait très difficile d'y parvenir. Il n'y avait pas alors d'interdiction; il n'y avait que la mort civile; or, la mort civile n'enlevait pas les droits, dont nous parlons (art. 25, et *supra*, n° 208); donc, le mort civilement n'en était pas privé, même lorsqu'il n'avait pas encore prescrit sa peine. Je conviens qu'il en résultait une étrange anomalie, et que la loi, si l'on veut, était, en ce point, incomplète, imparfaite. Mais il s'agissait d'une loi pénale, qu'on ne devait pas étendre. Il y avait d'ailleurs une hypothèse dans laquelle cette opinion était très-raisonnable; c'est celle de la déportation; on com-

prend facilement pourquoi le déporté n'avait pas besoin d'une concession spéciale du gouvernement, pour exercer les droits qui ne lui étaient pas enlevés par la mort civile (art. 18, Code pén.).

213. — Le Code pénal de 1810 portait que le *gouvernement pourra accorder au déporté, dans le lieu de la déportation, l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits.*

La loi du 28 avril 1832 avait supprimé, de l'article 18, ces mots : *dans le lieu de la déportation*, d'après lesquels l'effet des actes passés par le déporté aurait été limité, localisé. Cette restriction n'existait donc plus dès cette époque ; et si, par exemple, le gouvernement accordait au condamné à la déportation le droit de se marier, son mariage devait être partout considéré comme légitime (Boitard, *Leçons de droit pénal*).

Vint ensuite la loi du 8 juin 1850, dont l'article 3 était ainsi conçu :

« En aucun cas, la condamnation à la déportation « n'emporte la mort civile ; elle entraîne la dégradation « civique.

« De plus, *tant qu'une loi nouvelle n'aura pas statué « sur les effets civils des peines perpétuelles*, les déportés « seront en état d'interdiction légale, conformément aux « articles 29 et 31 du Code pénal.

« Néanmoins, hors le cas de déportation dans une « enceinte fortifiée, les condamnés auront l'exercice des « droits civils dans le lieu de la déportation.

« Il pourra leur être remis, avec l'autorisation du gou- « vernement, tout ou partie de leurs biens.

« Sauf l'effet de cette remise, les actes par eux faits « dans le lieu de leur déportation ne pourront engager « ni affecter les biens, qu'ils possédaient au jour de leur « condamnation, ni ceux qui leur seront échus par suc- « cession ou donation. »

La loi nouvelle, qui était annoncée par cet article

comme devant statuer sur les effets civils des peines perpétuelles, a paru ensuite, le 31 mai 1854; et nous allons bientôt l'examiner.

214. — L'incapacité résultant de la mort civile était-elle absolue, c'est-à-dire proposable même par le mort civilement?

Le doute venait de ce que le mort civilement aurait paru alors se prévaloir de son crime, et puiser un privilége dans la peine qui le frappait.

J'avais pensé, toutefois, que cette incapacité était absolue :

1° Elle était d'ordre public, c'est-à-dire que la loi déclarait absolument impossible l'acte fait par le mort civilement, et que la justice dès lors ne pouvait pas être appelée à le reconnaître, à le consacrer, à en ordonner l'exécution.

2° Autrement, la nullité n'aurait presque pas eu de sanction; et, par exemple, dans le cas d'une donation entre-vifs par lui faite, quel autre que lui aurait eu intérêt à demander la nullité?

3° Enfin, c'était une peine assurément que cette impossibilité même où il était placé de ne pouvoir rien faire de stable, de solide, de sérieux (comp. Cass., 14 juin 1827, Luxembourg, D., 1827, I, 272; Cass., 8 mai 1839, de Roquelaure, Dev., 1839, I, 729; et *supra*, n° 193).

C'est par ces motifs que le mariage contracté par le mort civilement était entaché d'une nullité de plein droit, d'une nullité de non-existence, dont il n'est pas même question au chapitre IV du titre du mariage, qui traite des *demandes en nullité*.

N° 3. — *A quel moment la mort civile était-elle encourue?*

215. — Toutes les déchéances, toutes les incapacités

que nous venons d'exposer, résultaient de la mort civile, dès qu'elle frappait le condamné.

Il était donc fort essentiel de préciser le moment où elle le frappait.

Et d'abord, la règle générale était que la condamnation ne suffisait pas pour produire la mort civile; il fallait de plus qu'elle eût été exécutée (art. 26).

Il y en avait deux motifs :

1° Tout jugement doit, avant d'être mis à exécution, être notifié à la partie qu'il intéresse; or, la condamnation, dont l'effet devait être de frapper un individu de toutes les incapacités résultant de la mort civile, intéressait la société et les tiers; donc, elle devait leur être notifiée ; on avait considéré l'exécution de l'arrêt comme un moyen de publicité et d'avertissement Ce premier motif toutefois n'avait pas, à beaucoup près, dans notre droit nouveau, la même force que sous l'empire de l'ancien droit, où la procédure criminelle était secrète; et cela est si vrai, que le nouvel article 28 du Code pénal (loi du 28 avril 1832) porte que « la dégradation civique « sera encourue *du jour où la condamnation sera devenue « irrévocable*, et, en cas de condamnation par contumace, « du jour de l'exécution par effigie. » En sorte que l'on aurait pu dire qu'il n'y avait point, sous ce rapport, harmonie de principes entre l'article 26 du Code Napoléon et l'article 28 du Code pénal.

2° La mort civile, qui était l'effet d'une peine et la conséquence de l'état de dégradation de l'individu atteint par cette peine, ne pouvait dériver dès lors que de la peine elle-même, qui était sa cause; or, la peine résulte non pas de la condamnation qui ne fait que la prononcer, mais de l'exécution seule, qui l'applique; donc, il fallait toujours, pour que la mort civile fût encourue, que la peine eût été exécutée.

216. — Mais la mort civile résultait-elle toujours immédiatement de l'exécution même?

A cet égard, une distinction fondamentale devait être faite entre les condamnations contradictoires et les condamnations par contumace. Les premières sont rendues en présence de l'accusé (*voy.* toutefois les articles 8 et suivants de la loi du 9 septembre 1835 sur les Cours d'assises), lors même qu'il garderait le silence et ne contredirait pas. Les secondes sont rendues en l'absence de l'accusé (art. 470, Code d'instr. crim.).

Remarquons aussi que la condamnation peut être exécutée soit réellement sur la personne même du condamné, soit par effigie (art. 378, 472 Code d'instr. crim., ajout. la loi du 2 janvier 1850, qui a modifié l'art. 472 du Code d'instr. crim.).

1° *Des condamnations contradictoires.*

217. — Les condamnations contradictoires n'emportaient la mort civile qu'à compter du jour de leur exécution, soit réelle, soit par effigie (art. 26).

Quel était le sens de ces mots : *à compter du jour.*

Trois opinions étaient en présence :

1° La première ne faisait commencer la mort civile qu'à la fin du jour exclusivement.... *dies termini non computatur in termino* (art. 1033, Code de proc.). Cette opinion d'après laquelle le condamné exécuté n'aurait été frappé de mort civile que plusieurs heures après l'exécution, ne comptait presque point de partisans.

2° La seconde, au contraire, faisait commencer la mort civile avec le jour inclusivement. La loi ne disait pas : à compter *du moment de l'exécution....* à compter de *l'exécution.* — Elle disait : *à compter du jour.* Donc, le jour tout entier y était compris (Proudhon, t. I, p. 141; Toullier, t. I, n° 274; Merlin, *Rép.*, t. XVII, p. 164; Taulier, t. I, p. 294; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 287); et telle était aussi la doctrine de notre hono-

rable collègue M. Trébutien, dans son *Cours élémentaire de droit criminel* (t. I, p. 240, 241).

3° Enfin, la troisième opinion, qui m'avait paru préférable, enseignait que la mort civile commençait au moment de l'exécution et par l'exécution même. L'article 26, en effet, avait surtout pour but, en tranchant d'anciennes controverses (Pothier, *Des personnes*, part. I, tit. III), de décider que, même dans le cas d'une condamnation contradictoire, la mort civile ne résulterait que de l'exécution. *Le jour de l'exécution*, suivant la judicieuse remarque de M. Valette (sur Proudhon, p. 121), était ici opposé *au jour de la condamnation*; mais on ne prétendait pas autrefois que la mort civile frappait le condamné, soit au commencement, soit à la fin du jour de l'exécution; et notre article n'avait pas voulu sans doute créer cette illogique et étrange innovation. Si ces mots : *à compter du jour*, avaient eu cet objet et ce but, on aurait pu soutenir qu'ils étaient exclusifs du jour de l'exécution; et il aurait fallu alors adopter le premier système; or, nous avons vu qu'il n'était vraiment pas proposable. On rencontre d'ailleurs ces mêmes mots employés dans d'autres textes, comme synonymes de ceux-ci : *à compter du moment* (art. 502, 503; *voy.* même aussi art. 30, 719, Code Nap., et 476, Code d'instr. crim.). Le doute enfin, à cet égard, aurait dû être résolu conformément aux principes de la matière et au but essentiel que la loi se proposait; or, 1° la mort civile était l'effet de la peine; elle devait donc la suivre immédiatement, mais non pas la précéder; 2° la loi voulait avertir la société par l'exécution; or la rétroactivité, qui aurait reporté les effets de la mort civile à un moment antérieur à l'exécution, eût été tout à fait irrationnelle et contraire à ce but.

Enfin, qui n'aperçoit tous les inconvénients de l'opinion contraire? que serait devenue, par exemple, une succession qui se serait ouverte le matin à huit heures au profit du condamné, qui devait être exécuté à

midi?.... à qui aurait-elle été dévolue? on n'en aurait pu rien savoir, tant que l'exécution n'aurait pas eu lieu !

En faveur de cette dernière opinion, on a encore invoqué une loi du 20 prairial an IV, qui, bien qu'antérieure au Code Napoléon, pouvait néanmoins servir aussi à l'expliquer. Elle est ainsi conçue :

« Lorsque des ascendants, des descendants et d'autres « personnes qui se succèdent de droit, auront été con- « damnés au dernier supplice, et que, mis à mort dans « une même exécution, il devient impossible de consta- « ter leur prédécès, le plus jeune est présumé avoir sur- « vécu. »

Or, dans les deux autres opinions, la connaissance du prédécès serait indifférente, puisque toutes ces personnes auraient été frappées de mort civile simultanément et au même instant;

Donc, cette loi supposait manifestement que ce n'était que du moment même de l'exécution que la mort civile était encourue (*voy.* aussi avis du Conseil d'État du 8 janvier 1823; Duranton, t. I, n° 221; Richelot, t. I, p. 105; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 89; Demante, t. I, n° 58 *bis*, II).

218. — Puisque la mort civile ne résultait que de l'exécution, il importait beaucoup de savoir en quoi cette exécution consistait, et quand elle était réalisée.

Nous disons réalisée, parce que les actes préliminaires et préparatoires ne suffisaient pas, et qu'il fallait que la peine elle-même eût atteint le condamné, pour que l'exécution ait eu véritablement lieu.

Cela posé, examinons notre question successivement pour les trois peines, auxquelles la mort civile était attachée.

Dans le cas de condamnation à la mort naturelle, l'execution a eu lieu, lorsque le condamné a été frappé par l'exécuteur des arrêts criminels. Si donc le condamné

était mort naturellement dans le trajet de la prison à la place publique, ou même sur les degrés de l'échafaud, il ne serait pas décédé en état de mort civile; et son testament, par exemple, aurait dû être exécuté.

Dans le cas de condamnation aux travaux forcés à perpétuité, on pensait généralement que l'exécution avait lieu par l'exposition du condamné sur la place publique (art. 22, Cod. pén.; Duranton, t. I, n° 222; Coin-Delisle, art. 26, n° 5; Valette sur Proudhon, t. I, p. 141; Zachariæ, t. I, p. 322, note 2). La mort civile résultait de l'exécution; or, l'exposition était un commencement d'exécution; elle était une peine qui affectait la personne même du condamné; enfin, elle devait apprendre mieux à la société le changement d'état du condamné, que ne pouvait le faire l'exécution de la peine des travaux forcés, dont le public ne peut avoir connaissance (art. 15 et 16, Code pén.).

Ces motifs sont très-graves sans doute; et pourtant j'avais été plus porté vers l'opinion contraire. Il s'agissait ici d'une matière rigoureuse; nous ne pouvions pas devancer, par interprétation, le moment exact et précis où la mort civile devait seulement frapper le condamné. La mort civile était attachée à la peine des travaux forcés à perpétuité (art. 18, Code pén.); elle était un effet de cette peine (art. 22, 24 Code Nap.); or, l'exposition du condamné sur la place publique n'était pas l'exécution de la peine des travaux forcés (art. 15 et 16, Code pén.); d'une part, c'était avant de subir sa peine qu'il devait être exposé (art. 22, Code pén.); d'autre part, l'exposition ne pouvait pas être considérée comme un mode d'exécution propre à la peine des travaux forcés, puisque : 1° tous les condamnés à cette peine n'y étaient pas soumis; 2° les condamnés à la réclusion y étaient soumis. Il fallait bien d'ailleurs reconnaître qu'à l'égard des condamnés aux travaux forcés à perpétuité, qui n'étaient pas soumis à l'exposition publique (art. 22, *in fine*, Code

pén.), la mort civile ne pouvait être encourue que lorsqu'ils auraient été employés aux travaux mentionnés dans les art. 15 et 16 du Code pénal; or, nous croyons que c'était là pour tous également la seule peine à laquelle la loi eût attaché cet effet. N'aurait-il pas été bien rigoureux de déclarer mort civilement le condamné, qui aurait été gracié par l'Empereur après l'exposition, mais avant son arrivée au bagne! (Com. Richelot, t. I, p. 160; Marcadé, art. 26.)

Un décret du 12 avril 1848 ayant aboli la peine de l'exposition, il est clair que l'exécution de la peine des travaux forcés à perpétuité ne peut commencer aujourd'hui que du jour où le condamné est écroué au lieu où il doit la subir.

219. — Enfin, la déportation consiste *à être transporté et à demeurer à perpétuité dans un lieu déterminé par la loi hors du territoire continental de la France* (art. 17, Code pén.).

Mais aucun lieu de déportation n'ayant encore été établi à cette époque, s'ensuivait-il que cette peine ne fût pas, ne pût pas être exécutée, et qu'en conséquence les condamnés à la déportation ne fussent pas frappés de mort civile?

Il faut distinguer, à cet égard, deux époques:

1° Sous l'empire du Code pénal de 1810, il me paraît certain que la mort civile n'avait pas pu être encourue par les condamnés à la déportation. Une Ordonnance du 2 avril 1817 avait affecté la maison centrale du mont Saint Michel aux condamnés à la déportation, *jusqu'à leur départ pour le lieu de leur destination définitive, qui sera ultérieurement fixé*. C'était là une simple mesure provisoire, une mesure d'ailleurs purement administrative. La peine légale n'était pas exécutée; la mort civile n'était donc pas encourue (comp. Toulouse, 21 août 1820, Negrié, Sirey, 1820, II, 300).

Duranton pensait alors que *la mort civile devait dater,*

dans ce cas, de l'affiche prescrite par l'article 36 *du Code pénal* (t. I, nº 22 .).

Mais cette affiche n'affectait, en aucune manière, la personne même du condamné; elle n'était donc pas l'exécution de la peine à laquelle seulement la loi attachait la mort civile. Cette affiche n'est qu'un moyen général de publicité des arrêts criminels, qui n'a rien de particulier à la peine de la déportation ; elle a lieu aussi pour les condamnations aux travaux forcés à perpétuité; or, personne ne soutient que dans ce cas, la peine est exécutée par l'affiche; pourquoi donc le serait-elle ainsi, dans le cas de la condamnation à la déportation?

2º L'article 17 du Code pénal portait que, *tant qu'il n'aura pas été établi un lieu de déportation, le condamné subira à perpétuité la peine de la détention* (*voy.* la loi du 9 septembre 1835).

On aurait pu encore, même sous l'empire de ce texte, soutenir que l'exécution de cette autre peine n'engendrait pas la mort civile, puisque l'article 18 ne l'attachait qu'à la peine de la déportation.

Toutefois, nous ne le pensons pas ainsi : il résulte des discussions qui ont eu lieu dans les chambres législatives, que la détention avait été considérée comme le moyen *légal* d'exécution de la peine de la déportation ; on avait même d'abord proposé de remplacer tout à fait la déportation par la détention perpétuelle ; cette proposition n'avait pas eu de suite; mais il avait été reconnu que la peine de la déportation s'exécuterait légalement par la détention perpétuelle (*Moniteur* du 16 mars 1832). On avait, en un mot, régularisé législativement une situation, qui jusqu'alors n'avait été réglée que par des Ordonnances. Le dernier paragraphe de l'article 17 du Code pénal prouve, en effet, que l'exécution de la déportation pouvait avoir lieu en France (Coin-Delisle, art 26, nº 8). Duranton avait adopté également cet avis dans sa dernière édition (1844, t. I, nº 223).

Aujourd'hui, d'après la loi du 8 juin 1850, la déportation a lieu dans une enceinte fortifiée, désignée par la loi, hors du territoire continental de l'Empire (art. 1 ; *voy.* aussi les articles 2 et 8 de cette loi ; ajout. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, Demante, t. I, n° 58 *bis*, III ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 288).

220. — De tout ce que nous venons de dire, il résulte que le condamné, même contradictoirement, conservait la vie civile après la prononciation de l'arrêt, et qu'il ne la perdait qu'au moment de l'exécution et par l'exécution même.

Mais alors ne pouvait il pas arriver qu'il profitât de cet intervalle entre la condamnation et l'exécution, pour faire des aliénations, des dispositions qui empêcheraient les effets de la mort civile? Ainsi, par exemple, depuis la prononciation de l'arrêt qui le condamnait, il avait fait un testament.... il avait fait une donation entre-vifs.

Ces actes devaient-ils être valables?

D'abord, si le condamné était mort naturellement avant l'exécution, de quelque manière que ce fût, même par suicide, il n'avait pas encouru la mort civile; la donation entre-vifs et le testament lui même auraient donc été valables.

Mais que décider, si l'exécution avait eu lieu?

Quant au testament, nous savons qu'il devait demeurer sans effet (*supra*, n° 200).

Mais la donation entre vifs?

A la différence du testament, la donation entre-vifs s'accomplit actuellement et irrévocablement, et n'est plus ensuite subordonnée à la capacité ou à l'indignité du donateur, au moment de son décès (art. 894); or, le condamné était capable, au moment où il s'était dessaisi irrévocablement (art. 902, 1123); donc, la mort civile, qui le frappait ensuite, ne pouvait pas rétroactivement détruire cette donation déjà parfaite et consommée (art. 25).

Cet argument nous avait paru concluant ; et nous n'avions pas pensé qu'il fût possible d'invoquer les lois romaines qui décidaient le contraire (L. 15, ff., *De donationibus*). Ces lois, qu'aucun texte n'avait reproduites, n'avaient pour but que d'assurer les effets de la confiscation (L. 15, ff. *De interd. et relig.*). Si la loi annulait le testament du condamné, c'était surtout parce qu'elle ne voulait pas, à cause de son indignité, consacrer l'exécution de ses dernières volontés : mais je ne crois pas que son but final et essentiel fût par là d'assurer sa succession aux héritiers ab intestat.

M. Valette sur Proudhon (t. I, p. 149) semblait toutefois exprimer un sentiment contraire.

Au reste, on ne peut pas nier que la loi paraissait, à cet égard, manquer, jusqu'à un certain point, de sanction, et qu'elle n'aurait pas dû tolérer peut-être que l'individu condamné, et qui allait être frappé d'une peine qui le rendait indigne de laisser un testament valable, pût, depuis sa condamnation, disposer entre-vifs peut-être, de la totalité de ses biens. Mais la proposition faite au Conseil d'État de déclarer, dans ce cas, le condamné incapable, avait été formellement repoussée. La donation entre-vifs, et *a fortiori* tout autre acte d'aliénation, aurait donc été valable, sauf l'application seulement des règles ordinaires, en cas de fraude (art. 1167 ; Cass., 15 mai 1820, l'adm. des domaines, Sirey, 1820, I, 331 ; Nancy, 5 juin 1828, Letoulot, Sirey, 1829, II, 236 ; Toullier, t. I, n° 288 ; Duranton, t. I, n° 233 ; Zachariæ, t. I, p. 322).

2° *Des condamnations par contumace.*

221. — Plusieurs considérations également puissantes étaient ici en présence ; la loi avait dû également en tenir compte, et les concilier dans une juste mesure :

1° Le contumax était en état de rébellion et de dés-

obéissance à la loi; il fallait donc l'en punir et en même temps le forcer ainsi de se représenter.

2° Pourtant, on ne pouvait pas, on ne devait pas le frapper trop fort ni trop tôt; car il n'avait pas été entendu; car il pouvait avoir des motifs sérieux et même légitimes de ne pas se présenter encore, de laisser au temps le soin de calmer des haines, de dissiper des préventions, des soupçons injustes.

3° Mais cette situation néanmoins devait avoir un terme; car le contumax pouvait aussi en espérer et en attendre le dépérissement des preuves de son crime, le décès des témoins, etc.

Tels sont les motifs qui avaient déterminé le législateur à mesurer la pénalité infligée à la contumace, suivant sa durée plus ou moins longue, et à déterminer enfin une époque, après laquelle elle ne pourrait plus être purgée.

Parmi les mesures coercitives et pénales, qui étaient prises contre le contumax, les unes précédaient, les autres suivaient l'arrêt de condamnation.

Les premières étaient décrétées par les articles 465 et 466 du Code d'instruction criminelle, desquels il résulte que, dès avant la condamnation, et à partir de l'ordonnance de prise de corps rendue par le président de la Cour d'assises : 1° les biens du contumax sont mis sous le séquestre, à la diligence du directeur des domaines de son domicile ; 2° qu'il est suspendu de l'exercice des droits de citoyen, et que toute action en justice lui est refusée.

Les effets de la condamnation même étaient plus spécialement régis par les articles de notre titre, auquel nous revenons ainsi.

222. — A cet égard, il fallait distinguer trois époques, trois périodes différentes :

La première comprenait l'espace des cinq années, qui suivaient l'exécution de la condamnation par effigie ;

La seconde comprenait l'espace de temps qui s'écoulait depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au terme du délai de vingt ans, à compter de la date de l'arrêt (art. 634, 641, Code d'inst. crim.), délai pendant lequel le condamné pouvait encore purger sa contumace ;

Enfin, la troisième et dernière période comprenait le temps indéfini qui s'écoulait depuis l'expiration des vingt ans, après lesquels la contumace ne pouvait plus être purgée, jusqu'à la mort naturelle du condamné.

Nous avons à rechercher quel était son état dans chacune de ces trois périodes, et les divers événements qui pouvaient les signaler.

Première période, à partir de l'exécution par effigie jusqu'à l'expiration des cinq années suivantes.

223. — « Les condamnations par contumace n'emporteront la mort civile qu'après l'expiration des cinq « années qui suivront l'exécution du jugement par effigie, « et pendant lesquelles le condamné peut se représenter.» (Art. 27.)

Dans l'ancien droit, on faisait une distinction :

Si le condamné était mort, ou s'il s'était représenté ou avait été arrêté avant l'expiration des cinq ans, l'exécution par effigie ne l'avait point frappé de mort civile.

Si, au contraire, il décédait après l'expiration des cinq ans, sans s'être représenté ou sans avoir été constitué prisonnier, alors il encourrait la mort civile, à partir du jour de l'exécution par effigie.

D'où il arrivait que, pendant cette période, *son état était en suspens;* je me sers des expressions mêmes de Pothier (*Des personnes*, part. I, tit. III, sect. II); et non-seulement son état, mais aussi, par suite, tous les droits qui pouvaient en dépendre; et si, par exemple, une succession s'ouvrait à son profit pendant ce temps-là, personne ne pouvait dire à qui elle appartiendrait.

Le Code Napoléon avait voulu précisément empêcher cette fâcheuse incertitude; et il avait déclaré que la mort civile ne serait jamais encourue qu'à partir de l'expiration de ce délai de grâce de cinq ans.

Le condamné n'était donc, en aucun cas, mort civilement pendant cette première époque.

Mais alors quel était son état?

224. — « Les condamnés par contumace seront, « pendant les cinq ans, ou jusqu'à ce qu'ils se représen- « tent ou qu'ils soient arrêtés pendant ce délai, privés « de l'exercice des droits civils. Leurs biens seront ad- « ministrés, et leurs droits exercés, de même que ceux « des absents. » (Art. 28.)

Cet article, comme on le voit, continuait, mais en les aggravant, les mesures déjà prises avant la condamnation (*supra*, n° 221), quant à la personne, et quant aux biens du contumax.

A. *Quant à la personne* : le condamné était désormais privé, non pas de la jouissance, il est vrai, mais de l'exercice des droits civils; tandis qu'avant la condamnation, il n'était suspendu que du droit d'agir en justice et des droits de citoyen; c'est-à-dire des droits civiques et politiques, et non pas des droits civils.

Tel me paraissait être le sens de l'article 465 du Code d'instruction criminelle; et je pensais, avec Demante (t. I, n° 56), qu'il n'était pas permis d'ajouter au texte en pareille matière, et d'étendre aux droits civils la suspension, que cet article n'appliquait qu'aux droits de citoyen; d'autant plus que l'article 465 privait seulement le contumax du droit d'agir en justice; disposition superflue, disait avec raison M. Richelot (t. I, p. 161), si le contumax était privé de l'exercice de tous les droits civils (ajout. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 308). Duranton semblait néanmoins penser le contraire (t. I, p. 176); et nous verrons que cette dissidence était importante à signaler.

M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 147) exprimait, *avec une extrême défiance* toutefois, l'opinion que l'article 28 ne privait le contumax que de droits civils relatifs à l'administration et à l'aliénation de ses biens, des droits enfin qui pouvaient être exercés en son nom par la régie des domaines, mais non pas de ceux qu'il ne pouvait exercer que par lui-même, comme le droit de tester, de se marier. Autrement, n'eût-ce pas été le frapper à l'avance d'une mort civile, au moins partielle? Dans ce système, la privation de l'exercice des droits civils, prononcée par l'article 28 du Code Napoléon, aurait ressemblé à l'*interdiction légale*, prononcée par l'article 29 du Code pénal, telle que nous l'avons nous-même expliquée plus haut (*supra*, n° 192).

Néanmoins, nous ne partagions pas l'avis de notre savant collègue :

D'une part, le texte de l'article 28 du Code Napoléon nous paraissait plus net et plus énergique que celui de l'article 29 du Code pénal, qui prononce une *interdiction légale* non définie, et que ses termes mêmes, aussi bien que ceux des articles suivants, nous semblent restreindre à la gestion du patrimoine ; l'article 28 déclarait, au contraire, le condamné privé absolument *de l'exercice des droits civils ;*

D'autre part, on pouvait dire que cette plus grande rigueur de la loi avait ici pour but de forcer le condamné à se représenter, et qu'après tout, elle n'avait rien d'excessif, puisqu'il pouvait, quand il voulait, la faire cesser.

225. — B. *Quant aux biens du condamné*, si on s'en était tenu à l'article 28, ils auraient dû être régis comme ceux des absents, c'est-à dire au moyen de l'envoi en possession de ses héritiers présomptifs (art. 120); et tel était, en effet, l'avis de M. de Moly, qui avait imaginé, pour ce cas, ce qu'il appelait l'*absence civile* (*Traité des absents*, n°s 783 et suiv.). Le législateur, dit-il, avait dû

voir qu'il était tout simple d'appeler à administrer les biens, pendant la contumace, ceux qui devaient les recueillir, si la condamnation devenait définitive; or, ceux-là étaient les héritiers présomptifs du contumax; donc, c'était à eux que l'administration avait dû être confiée.

Je pense, au contraire, que c'était la régie des domaines, qui était chargée d'administrer les biens du condamné.

Afin de comprendre cet article 28, quelques notions historiques sont nécessaires.

A l'époque où il fut rédigé, le *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV était encore en vigueur; or, d'après ce Code (art. 464), les biens des contumaces étaient régis par le directeur des domaines; et, en outre, tous les fruits, revenus et produits, perçus pendant la durée du séquestre, appartenaient irrévocablement à l'État et n'étaient, en aucun cas, restitués (art. 475, 478 du Code de l'an IV). Ce n'était donc pas seulement un moyen d'empêcher le condamné de recevoir des secours et de prolonger ainsi sa contumace; c'était encore la confiscation même des fruits!

Il paraît bien certain que l'article 28 du Code Napoléon eut, en effet, pour but d'apporter un double changement à cette situation : d'abord, d'attribuer l'administration des biens aux héritiers présomptifs, comme en cas d'absence; ensuite, de supprimer la confiscation des revenus, qui ne pouvaient plus appartenir à l'État, puisqu'il n'avait plus la régie des biens.

Mais de cette dérogation partielle faite à la loi du 3 brumaire an IV, il était résulté une anomalie véritablement choquante : c'est que les condamnés à des peines emportant mort civile étaient traités plus favorablement, d'après l'article 28, que les condamnés à des peines moins sévères ne l'étaient, d'après les articles 475 et 478 du *Code des délits et des peines*, auxquels aucun texte n'avait dérogé, en ce qui les concernait!

Le Code d'instruction criminelle a fait disparaître cette discordance, en attribuant, dans tous les cas, l'administration des biens à la régie des domaines. Il est vrai que les premiers mots de l'article 471 de ce Code sembleraient présenter encore quelque doute, en déclarant que si le contumax est condamné, *ses biens seront considérés et régis comme biens d'absent;* mais ils ne se réfèrent qu'au mode d'administration, et non pas à la personne qui sera chargée d'administrer; car le même article ajoute que *le compte du séquestre sera rendu à qui il appartiendra,* etc. Ajoutons que cela est raisonnable et même nécessaire, puisque ce séquestre a pour but d'empêcher le condamné de prolonger sa contumace, et que, sous ce rapport, ses biens ne seraient pas convenablement placés dans les mains de ses parents, qui pourraient facilement ainsi lui faire parvenir des ressources. Enfin remarquons que, d'après l'article 475 du Code d'instruction criminelle, les secours à accorder à la famille du condamné, sont réglés par l'autorité administrative; ce qui prouve, de plus en plus, que c'est cette autorité, qui possède et qui régit les biens. Elle les régit d'ailleurs sous l'obligation d'en restituer à qui de droit tous les revenus, sans même pouvoir faire la retenue de la part que l'article 127 du Code Napoléon attribue seulement aux héritiers envoyés en possession, en cas d'absence, retenue qui ne serait, au profit de l'État, qu'une sorte de confiscation partielle (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Séquestre par contumace;* Paris, 27 décembre 1834, l'administration des domaines, Dev., 1836, II, 201; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 146; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 310).

Un avis du conseil d'État, des 19 août-20 septembre 1809, semblerait contraire aux propositions que nous venons d'établir; mais, outre que tel n'était pas l'objet que le conseil d'État se proposait principalement de résoudre, on a très-bien remarqué que cet avis est postérieur à la mise en activité du Code d'instruction cri-

minelle, qui n'a eu lieu qu'en 1811 (décret du 25 novembre 1810; Coin-Delisle, art. 28, n° 4).

226. — Tel était donc, sous le double rapport de sa personne et de ses biens, l'état du condamné par contumace, pendant cette première période.

Nous n'aurions rien de plus à dire, si rien de nouveau ne survenait pendant sa durée, et si la contumace se prolongeait pendant les cinq ans. Alors s'ouvrirait la seconde période, dont nous allons bientôt parler.

Mais il était possible qu'avant l'expiration des cinq ans, le condamné 1° fût constitué prisonnier par arrestation ou par représentation volontaire (art. 29, Cod. Nap., 476, Cod. d'inst. crim.); 2° qu'il décédât naturellement (art. 31).

Quelle était, sur son état, dans cette première période, l'influence de ces deux événements?

A. « Lorsque le condamné par contumace se présen-
« tera volontairement pendant les cinq années, à comp-
« ter du jour de l'exécution, ou lorsqu'il aura été saisi
« et constitué prisonnier dans ce délai, le jugement sera
« anéanti de plein droit; l'accusé sera remis en posses-
« sion de ses biens; il sera jugé de nouveau; et si, par
« ce nouveau jugement, il est condamné à la même
« peine, ou à une peine différente emportant également
« la mort civile, elle n'aura lieu qu'à compter du jour
« de l'exécution du second jugement. » (Art. 29.)

Ainsi, dès ce moment, le jugement était anéanti de plein droit; l'ex-contumax était remis en possession de ses biens; il n'était plus qu'un accusé dans la condition ordinaire des accusés en général, c'est-à-dire avec la jouissance et l'exercice de ses droits civils.

B. « Si le condamné par contumace meurt dans le dé-
« lai de grâce des cinq années, sans s'être représenté ou
« sans avoir été saisi ou arrêté, il sera réputé mort dans
« l'intégrité de ses droits; le jugement de contumace
« sera anéanti de plein droit, sans préjudice néanmoins

« de l'action de la partie civile, laquelle ne pourra être « intentée contre les héritiers du condamné que par la « voie civile. (Art. 31.)

Dans ce cas encore, le jugement était anéanti de plein droit; si bien, que même les condamnations civiles étaient réputées non avenues, sauf aux tiers à se pourvoir contre les héritiers par la voie civile ordinaire. La loi avait considéré que le contumax n'avait pas été entendu, et que son décès, dans cette première période, permettait de croire encore qu'il se serait présenté pour se justifier.

227. — Mais une question difficile s'élevait ici, celle de savoir quel serait, dans les deux hypothèses des articles 29 et 31, c'est-à-dire lorsque le condamné aurait été constitué prisonnier, soit volontairement, soit forcément, ou serait mort dans les cinq ans, quel serait, disons-nous, le sort des actes par lui faits dans l'intervalle écoulé depuis l'arrêt de condamnation jusqu'à sa représentation volontaire ou forcée, ou jusqu'à son décès.

La donation entre-vifs ou le testament, par exemple, qu'il aurait faits dans cet intervalle, devaient-ils être valables?

Il existait, à cet égard, trois systèmes :

1° Le premier déclarait les actes nuls, dans tous les cas; c'était celui de Duranton (t. I, nos 230 et 235, et t. VIII n° 176), de MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ (t. I, p. 312) et de M. Berthaud (*Cours de Code pénal*, p. 227, 228).

Les actes faits par un interdit n'en sont pas moins, disait-on, annulables, quoique l'interdiction ait, depuis, été levée; car l'interdiction est un fait; elle constitue l'état de la personne; or, les actes en question avaient été faits par un interdit; donc, ils devaient être annulés, quoique l'interdiction eût, depuis, cessé pour l'avenir.

Les articles 29 et 31 déclaraient, il est vrai, que le jugement était anéanti de plein droit; mais c'est de l'or-

donnance de prise de corps, antérieure à ce jugement, que dérivait l'interdiction légale du contumax (art. 465, Cod. d'inst. crim.); or, sa représentation n'annulait *les procédures faites contre lui que depuis l'ordonnance de prise de corps* (art. 476, inst. crim.); donc, cette ordonnance elle-même n'était pas anéantie; donc, l'interdiction n'était pas effacée *in præteritum*. Est il probable, en effet, qu'après avoir dérogé à l'ancien Droit, qui faisait commencer la mort civile à dater de l'exécution par effigie, si le condamné ne mourait pas dans les cinq ans, est-il probable qu'après y avoir dérogé précisément pour éviter l'incertitude qui en résultait (*supra*, 223), les rédacteurs du Code Napoléon eussent voulu reproduire eux-mêmes cette incertitude, en ce qui concernait l'exercice des droits civils ?

2° Une autre opinion distinguait entre l'article 29 et l'article 31, entre la représentation volontaire ou forcée du condamné et son décès.

Dans le premier cas, il n'était pas relevé de son incapacité passée; dans le second, il en était relevé.

Cette opinion invoquait le texte et la raison.... Le texte : en effet, l'article 31 portait que le condamné sera réputé mort dans l'intégrité de ses droits; or, ces expressions *réputé mort* ne pouvaient s'entendre que de l'exercice même, dont il était privé, et non pas de la jouissance, qu'il n'avait pas perdue; la fiction n'était nécessaire que pour l'exercice; donc, il était réputé rétroactivement l'avoir toujours conservé. L'article 29, au contraire, ne disait rien de pareil; et cette différence entre les deux hypothèses était raisonnable; le condamné, qui se représentait ou qui avait été arrêté, rentrant dans l'exercice de ses droits, pouvait recommencer les actes qu'il avait faits; il n'en était point ainsi du condamné décédé dans les cinq ans; voilà pourquoi la loi validait seulement les actes de celui-ci.

3° Je préférais, pour mon compte, la troisième opi-

nion, qui enseignait que les actes étaient valables dans tous les cas.

La privation de l'exercice des droits civils résultait du jugement de condamnation par contumace (art. 28);

Or, les articles 29 et 31 déclaraient, dans des termes absolument identiques, que ce *jugement est anéanti de plein droit;*

Donc, l'interdiction qui en résultait, était réputée non avenue; car on ne s'expliquerait pas comment un jugement annulé, non avenu, *anéanti* enfin, c'est le mot de la loi, et c'est le plus énergique, comment, dis-je, ce jugement aurait pu conserver un effet quelconque.

J'ai déjà remarqué que l'ordonnance de prise de corps n'enlevait au contumax que l'exercice *des droits de citoyen* (*supra*, n° 224); ajoutez encore que, malgré cette ordonnance (art. 465, Cod. d'instr. crim.), le condamné, qui reparaissait, reprenait la possession de ses biens (art. 29). Quant à ces mots de l'article 31 : *il sera réputé mort dans l'intégrité de ses droits,* mots qui ne se trouvent pas dans l'article 29, et d'où la seconde opinion induisait une différence entre les deux hypothèses, je crois qu'ils n'étaient, dans l'article 31, qu'un vestige de l'ancien Droit, sous l'empire duquel le condamné n'était réputé n'avoir pas été frappé de mort civile dès le moment de l'exécution par effigie, qu'autant qu'il mourait dans les cinq ans; mais, d'ailleurs, l'article 29 *anéantit de plein droit le jugement* aussi bien que l'article 31 ; et cette dernière interprétation d'une loi véritablement pénale aurait dû encore, dans le doute, être préférée comme la plus favorable et la plus humaine.

Ce que je viens de dire d'une donation entre-vifs et d'un testament, il fallait le dire, à plus forte raison, du mariage, que le condamné par contumace aurait contracté dans les cinq ans (*voy.* Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 434).

Mais, à cet égard, on pouvait aller plus loin, et soute-

nir que la privation de l'exercice des droits civils ne créait qu'un empêchement prohibitif, et que le mariage, célébré au mépris de cet empêchement par l'officier de l'état civil induit en erreur, n'aurait pas pu être déclaré nul, lors même qu'il n'y aurait eu ni représentation volontaire ou forcée, ni mort naturelle du condamné dans les cinq ans, lors même, par conséquent, que le jugement, d'où dérivait la privation de l'exercice des droits civils, n'aurait pas été anéanti. C'est un point sur lequel nous pourrons revenir, en parlant des demandes en nullité de mariage (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 336; Toullier, t. I, n° 278; Valette sur Proudhon, t. I, p. 147; Toullier, t. I, p. 140; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 94; Demante, t. I, n° 6 *bis*, IV à VII).

Deuxième période, depuis l'expiration des cinq ans qui suivent l'exécution par effigie, jusqu'au terme du délai de vingt ans, à compter de l'arrêt de condamnation.

228. — La seconde période s'ouvrait par la mort civile du condamné (art. 27).

Si donc, il décédait ensuite naturellement, sans s'être représenté ou sans avoir été arrêté, il décédait en état de mort civile.

Mais pourtant la condamnation par contumace n'était pas encore irrévocable pendant cette période; le condamné, nous pourrions dire à présent le mort civilement, pouvait encore se représenter ou être arrêté, et être soumis à de nouveaux débats (art. 635, 641, du Code d'inst. crim.).

Supposons donc que cette hypothèse se fût présentée. Que serait-il arrivé?

« Lorsque le condamné par contumace, qui ne se sera « représenté, ou qui n'aura été constitué prisonnier qu'a« près les cinq ans, sera absous par le nouveau juge-

« ment, ou n'aura été condamné qu'à une peine qui « n'emportera pas la mort civile, il rentrera dans la plé- « nitude de ses droits civils pour l'avenir, et à compter « du jour où il aura reparu en justice ; mais le premier « jugement conservera, pour le passé, les effets, que la « mort civile avait produits dans l'intervalle écoulé de- « puis l'époque de l'expiration des cinq ans jusqu'au « jour de sa comparution en justice » (Art. 30.)

Ce que nous avons à dire ici se distribue naturellement en trois points :

1° A quel moment le condamné recouvrait-il la vie civile ?

2° Quels étaient les effets de la mort civile maintenue pour le passé?

3° Quels étaient, pour l'avenir, les effets de cette espèce de résurrection à la vie civile?

229. — Et d'abord, marquons la limite entre ce passé et cet avenir si différents, entre la mort civile maintenue et la vie civile recouvrée.

Or, à cet égard, les opinions étaient très-divisées :

1° Une première opinion enseignait que le condamné ne recouvrait la vie civile que sous la condition *qu'il serait absous par le nouveau jugement, ou ne serait condamné qu'à une peine qui n'emporterait pas la mort civile.*

Telle était, disait-on, la disposition de l'article 30 du Code Napoléon, à laquelle il n'avait pas été dérogé par l'article 476 du Code d'instruction criminelle, dont la seconde partie, au contraire, renvoie formellement à l'article 30. On conçoit d'ailleurs le motif de cette exception à l'égard du condamné par contumace déjà frappé de mort civile. En effet, si sa mort civile avait cessé immédiatement, et qu'ensuite il eût été condamné à une peine emportant mort civile, il serait donc mort une seconde fois civilement! Il y aurait donc eu un intervalle de vie civile entre sa comparution en justice et l'exécution de sa nouvelle condamnation ! cela n'était pas admissible.

De là cette opinion concluait, 1° que, s'il s'évadait avant la prononciation du nouvel arrêt, il n'avait pas cessé d'être mort civilement, conséquence très-plausible de ce système ; 2° que, s'il décédait pendant les débats, il décédait en état de mort civile, conséquence plus sévère et plus dure (comp. Coin-Delisle, art. 30, n° 1 ; Zachariæ, t. I, p. 326).

3° La seconde opinion professait, au contraire, que l'article 476 du Code d'instruction criminelle avait dérogé, en ce point, au Code Napoléon ; et je le crois effectivement ainsi :

La première partie de cet article posait la règle générale, d'après laquelle, dans l'hypothèse qu'il prévoyait et qui est la nôtre, le jugement de contumace et les procédures faites contre le condamné *sont anéanties de plein droit,* sans aucune espèce de condition, sans s'occuper de ce que pourrait être le nouveau jugement.

La seconde partie se référait ensuite à l'article 30 du Code Napoléon... mais pourquoi ? uniquement pour maintenir les effets que la mort civile aurait produits depuis l'expiration des cinq ans *jusqu'au jour de la comparution de l'accusé en justice.*

Cette seconde partie prouvait elle-même, au contraire, que la première partie était applicable à toutes les condamnations par contumace, même à celles qui avaient prononcé des peines emportant mort civile, puisqu'elle n'y dérogeait qu'en ce seul point, que nous venons d'indiquer.

De là il faut conclure :

1° Que si l'accusé décédait pendant les débats, il décédait dans l'intégrité de ses droits ; c'est aussi l'opinion de Duranton (t. I, n° 238) ;

2° Que s'il était de nouveau condamné à une peine emportant mort civile, il mourait une seconde fois civilement, à partir de l'exécution de cette nouvelle condamnation ;

3° Que s'il s'évadait pendant les débats, il n'était plus mort civilement.

Ces deux dernières conséquences, et surtout la troisième, avaient sans doute quelque chose de peu satisfaisant; aussi, cette dernière avait-elle été contestée, même par les partisans de notre opinion (Dalloz, v° *Droits civ. et polit.*, t. VI, p. 532, n° 8); mais elle me paraît résulter nécessairement de cette opinion une fois admise.

La vérité est que la loi ne s'était pas préoccupée de ces rares et exceptionnelles hypothèses; ce qu'elle avait voulu, c'est que le contumax, qui se représentait devant la justice, y comparût comme tout accusé, dans la plénitude actuelle de ses droits (art. 471 du Cod. d'instruct. crim.). Cette raison-là était vraie, dans le cas d'une condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, comme pour toute autre condamnation; on peut même dire qu'elle était plus grave et plus sérieuse encore. Quelle eût été, en effet, cette étrange situation d'un *mort civilement*, d'un individu toujours sous le poids de sa précédente condamnation, au moment même où on l'aurait jugé de nouveau, à raison du même fait!

250. — Maintenant quels étaient les effets de la mort civile maintenue pour le passé?

On pourrait s'étonner de cette question; car l'article 30 déclare que les effets produits par la mort civile étaient maintenus; or, nous savons à présent quels effets produisait la mort civile; qu'y a-t-il donc de plus à rechercher ici?

Néanmoins, on a supposé le cas où le contumax, par suite de nouveaux débats, aurait été reconnu innocent; et on s'est demandé alors:

1° Si ses biens personnels, *sa propre succession*, ne devaient pas lui être rendus;

2° Si les successions et les droits quelconques recueillis par d'autres, et qui lui auraient été dévolus

sans sa mort civile, ne devaient pas aussi lui être restitués;

3° Si même enfin son mariage avait été dissous, à l'expiration de la première période des cinq ans?

1° Une première opinion avait distingué entre l'*absolution* et l'*acquittement* du contumax (art. 358 et 364, Cod. d'instr. crim.; Carnot, sur l'article 476 du même Code). On a dit que l'article 30 se sert du mot *absous*, et que d'ailleurs on s'expliquait bien pourquoi la loi avait traité moins favorablement que le contumax *acquitté*, le contumax *absous*, qui n'en est pas moins déclaré coupable du fait, dont il était accusé.

Mais cette distinction nous a toujours paru devoir être rejetée. Le mot *absous*, dans l'article 30 du Code Napoléon, n'avait pas la précision technique, qui lui a été donnée seulement depuis par le Code d'instruction criminelle: il signifiait tout individu renvoyé de l'accusation dirigée contre lui; et en raison, aucune différence n'était effectivement possible: d'abord, parce que le fait, non défendu par la loi pénale, ne doit pas être puni (art. 4, Cod. pén.); ensuite, parce que d'après cette distinction même, une condamnation quelconque, même la plus légère, aurait suffi pour maintenir les effets de la mort civile; ce qui n'aurait été assurément ni logique, ni équitable (comp. Coin-Delisle, art. 30, n° 9; Duranton, t. I, p. 237).

2° Aussi, Delvincourt (t. I, p. 218 et suiv.) enseignait-il sans distinction, que les biens personnels du contumax devaient lui être rendus.

L'auteur invoquait surtout l'article 471 du Code d'instruction criminelle, d'après lequel *le compte du séquestre sera rendu à qui il appartiendra, après que la condamnation sera devenue irrévocable;*

Or, ce n'est qu'après vingt ans révolus qu'elle a ce caractère (art. 635, 641 même Code);

Donc, jusqu'à cette époque, les héritiers du mort civilement n'avaient pas droit à sa succession; donc, l'arti-

cle 471 du Code d'instruction criminelle dérogeait en ce point, et quant aux condamnations par contumace, aux articles 25 et 27 du Code Napoléon.

Cette seconde opinion nous avait encore semblé inadmissible. L'article 476, 2e alinéa, du Code d'instruction criminelle, prouve que l'article 471 ne s'appliquait qu'aux condamnations par contumace à des peines qui n'emportaient pas mort civile; quant aux condamnations par contumace à des peines emportant mort civile, l'article 476, 2e alinéa, loin de déroger, sous ce rapport, aux effets de la mort civile, les consacrait, au contraire, formellement par son renvoi à l'article 30.

3° Enfin, une troisième opinion, que j'avais proposé de suivre, enseignait que les effets produits par la mort civile qui, à l'expiration des cinq ans, frappait le condamné par contumace, étaient absolument les mêmes que les effets de la mort civile, qui frappait le condamné contradictoirement.

Je posais ainsi la question, parce que je pense que c'étaient là ses véritables termes.

Les effets, dont s'agit, avaient-ils été produits? voilà toute la question; car s'ils avaient été une fois produits, ils étaient définitifs et irréparables; l'article 30 du Code Napoléon, confirmé par l'article 476, 2e alinéa du Code d'instruction criminelle, était, à cet égard, très-explicite.

Mais comment nier qu'ils avaient été produits?

D'après l'article 25, par la mort civile, le condamné perdait la propriété de ses biens; il était incapable de recueillir des successions; enfin, son mariage était dissous;

Or, d'après l'article 27, les condamnations par contumace emportaient la mort civile, après les cinq ans qui suivaient l'exécution par effigie;

Donc, à l'expiration de ces cinq ans, le condamné avait perdu ses biens; donc, il avait été incapable de succéder; donc, son mariage avait été dissous.

Il n'y avait pas, en effet, deux morts civiles, deux espèces de mort civile; il n'y avait de différence entre l'article 26 et l'article 27, entre la condamnation contradictoire et la condamnation par contumace, que quant à l'époque où la mort civile commençait; mais il n'y en avait aucune, quant aux effets de la mort civile, dès qu'elle était, dans l'un ou l'autre cas, encourue (comp. Cass., 1er février 1842, Dechauff, Dev., 1842, I, 97).

231. — Duranton, qui partageait ce dernier avis, faisait toutefois une exception, en ce qui concerne le mariage (t. I, n° 253).

D'une part, l'article 227 disposait que le mariage se dissout *par la condamnation devenue définitive de l'un des deux époux à une peine emportant mort civile;* or, la condamnation ne devenait définitive que lorsque la contumace ne pouvait plus être purgée, c'est-à-dire au bout de vingt ans depuis la date de l'arrêt (art. 476, 635, 641, Cod. d'inst. crim.); donc, ce n'était qu'après ce délai que le mariage était dissous; donc, l'article 227 dérogeait, en ce point, aux articles 25 et 27.

D'autre part, il était facile de comprendre cette exception, à raison de la sainteté même du mariage, et des suites irréparables et funestes d'une dissolution anticipée (Angers, 21 août 1840, le maire de Saint-Léger-des-Bois. Dev., 1840, II, 372).

Mais je n'avais pas pensé que cette exception même fût possible :

1° L'article 227 comprenait les condamnations contradictoires aussi bien que les condamnations par contumace; les mêmes mots s'appliquaient aux unes et aux autres, et devaient dès lors avoir le même sens dans les deux cas; or, personne n'avait jamais soutenu, et n'aurait pu, en effet, soutenir que le mariage était dissous immédiatement et avant toute exécution, par le seul fait de la condamnation contradictoire; et pourtant elle était immédiatement *définitive;* donc, telle n'était pas la portée

de l'article 227. La vérité est que cet article, avec sa périphrase, se référait uniquement aux articles qui avaient réglé, d'une manière spéciale, ce qui concernait la mort civile; et nous avons vu que la combinaison des articles 25, 27 et 30 prouvait, par un syllogisme inexpugnable, la dissolution du mariage à l'expiration des cinq ans.

2° L'opinion contraire confondait la condamnation *définitive* avec la condamnation *irrévocable*. La condamnation par contumace devenait définitive au bout de cinq ans, si bien définitive, que tous les effets produits demeuraient maintenus pour le passé (art. 30); seulement, elle n'était pas irrévocable, c'est-à-dire qu'elle pouvait être révoquée, mais uniquement pour l'avenir.

3° Enfin, quelle eût été cette situation étrange, inqualifiable, d'une personne légitimement mariée à un mort civilement? quel eût été l'état des enfants? (*Supra*, n° 206; *voy.* une Consultation des avocats de Rennes, du 1 mai 1817, insérée dans le Recueil de Sirey, 1819, II, 117; Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 785; t. XVII, p. 167; Rennes, 11 mai 1847, Delahoussaye, Dev., 1847, I, 344; Rennes, 5 juin 1851, Saget, Dev., 1851, II, 341; Cass., 2 décembre 1851, le maire de Paimbœuf, Dev., 1852, I, 53).

Toutes ces distinctions n'étaient véritablement inspirées que par un seul motif; et à celui-là, je m'associais de toute mon âme! c'était la dureté, la rigueur cruelle de cet article 30, qui, en présence même de l'arrêt qui proclamait l'innocence du contumax, maintenait pour le passé tous les effets si terribles de la mort civile encourue!

Mais les textes étaient formels; et on ne pouvait alors que former des vœux pour que la loi fût adoucie, pour qu'elle fût rendue plus conforme à l'humanité, à la sainteté du mariage, et même aussi plus logique, et plus conséquente dans sa fiction, pour qu'elle ne prononçât pas enfin *une mort civile à temps!* et pour qu'elle prît d'autres mesures contre le condamné, tant que la condamnation ne serait pas devenue irrévocable.

Nous verrons tout à l'heure que ces vœux ont été entendus par le législateur de 1854 (*infra, Appendice*).

232. — Assistons maintenant à cette espèce de résurrection, par laquelle le condamné rentrait, pour l'avenir, dans la vie civile.

Quels en étaient les effets?

Toutes les incapacités, qui l'avaient jusqu'alors frappé, étaient levées. Mais rentrait-il dans sa famille? Les liens rompus de la parenté civile se renouaient-ils?

L'article 30 déclarait que le condamné rentrera dans la plénitude de ses droits civils; or, les droits de famille sont au premier rang, et des plus précieux; donc, ils lui étaient rendus. L'article 30, enfin, consacrait une véritable *restitutio in integrum*, qui remettait, pour l'avenir, le condamné au même état que s'il n'avait pas été mort civilement; or, précisément, chez les Romains, la *restitution en entier* rétablissait, en pareil cas, les liens de famille (*L.* 1, Cod. *de sent. pass.;* Ducaurroy, *Inst. expl.*, lib. I, tit. XVI, § 6). De ce principe il fallait conclure, 1° qu'il recouvrait sur ses enfants la puissance paternelle, et sur leurs biens aussi l'usufruit légal (art. 384); 2° qu'il pouvait succéder à ses parents qui mouraient ensuite, et devenir, chose étrange! l'héritier lui-même de ceux qui avaient recueilli sa propre succession.

Mais fallait-il également en conclure que son mariage (dissous, suivant notre opinion, *supra*, n° 231) était, de plein droit, rétabli, qu'il redevenait époux légitime comme il redevenait parent, et que le mari, par exemple, recouvrait la puissance maritale sur sa femme comme le père recouvrait la puissance paternelle sur ses enfants?

Je ne le crois pas.

La communauté d'origine, le lien du sang, le fait même de la parenté, enfin, ne saurait être véritablement détruit; il n'en est pas nécessairement ainsi du lien du mariage, aux yeux seulement, bien entendu, de la loi civile. Il aurait donc fallu que l'époux, devenu libre, con-

sentît à une nouvelle union (Proudhon, *de l'Usufruit*, nº 2020). Remarquez, en effet, que l'article 227 ne faisait, à cet égard, aucune distinction entre les différents modes de dissolution du mariage; ils étaient donc tous également absolus et perpétuels. Que serait-il arrivé d'ailleurs, si le conjoint du mort civilement avait eu des enfants naturels par lui reconnus, ou s'il s'était remarié? Il eût été bien impossible alors de renouer, de rétablir de plein droit le premier mariage; or, la loi n'avait pas distingué ces différentes hypothèses; donc, le mariage n'était, en aucun cas, rétabli; et il n'aurait pu l'être pour l'avenir qu'au moyen d'une nouvelle célébration.

Toutefois, la Cour d'Angers a jugé que l'amnistie accordée à des condamnés morts civilement avait revalidé de plein droit leur mariage (21 août 1840, le maire de Saint-Léger-des-Bois, Dev., 1840, II, 372). Mais c'est là une application des principes particuliers de l'amnistie qui me paraîtrait, même dans ce cas, encore très-contestable (*infra*, nº 236).

Je crois aussi qu'il faut expliquer, par les lois spéciales sur l'émigration, une décision pareille rendue par la Cour de cassation, le 11 juin 1844 (la Caisse hypoth., Dev., 1844, I, 531; comp. aussi Cass., 21 juin 1858, minist. publ., D., 1858, I, 265).

Troisième période, depuis l'expiration des vingt ans, après lesquels la contumace ne peut plus être purgée, jusqu'à la mort naturelle du condamné.

233. — « Les peines portées par les arrêts ou juge-« ments rendus en matière criminelle, se prescriront par « vingt années révolues, à compter de la date des arrêts « ou jugements. » (Art. 635 Cod. d'inst. crim.)

« En aucun cas, les condamnés par défaut ou par « contumace, dont la peine est prescrite, ne pourront

« être admis à se présenter pour purger le défaut ou la « contumace. » (Art. 641.)

Telle était la troisième période.

La condamnation était irrévocable; et pourtant le condamné ne pouvait plus être saisi. La peine était prescrite; mais la mort civile ne l'était pas et ne pouvait l'être, puisqu'à la différence de la peine, qui n'avait pas atteint le condamné, elle l'avait toujours et partout suivi et frappé (art. 32).

Le mort civilement était donc libre alors au milieu de la société; remarquons néanmoins que, par des motifs de prudence, de sûreté, de ménagements, qu'il est facile de comprendre, l'article 635 du Code d'instruction criminelle déclare que le condamné, après la prescription de sa peine, « ne pourra résider dans le département, où « demeureraient soit celui sur lequel ou contre la propriété « duquel le crime aurait été commis, soit ses héritiers « directs, et que le gouvernement pourra lui assigner le « lieu de son domicile. »

Quant aux biens qu'il aurait pu acquérir dans cet état, voy. *supra*, n° 202.

234. — Nous venons d'exposer les trois périodes qui devaient être distinguées dans le cas d'une condamnation par contumace; et on a vu que le sort du condamné était très-différent, suivant qu'il décédait dans la première, ou seulement dans la seconde période.

Mais que devait-on décider à cet égard, lorsqu'on n'avait de lui aucune nouvelle, lorsqu'on ignorait absolument ce qu'il était devenu, s'il existait encore ou s'il était décédé.

Il pouvait résulter de cette situation une sorte de conflit entre les règles du titre de la mort civile et les règles du titre de l'absence, entre l'article 27 et les articles 120 et 123 du Code Napoléon.

Je m'explique :

Paul avait été condamné par contumace à une peine

emportant mort civile, et cinq ans s'étaient écoulés depuis l'exécution par effigie ; mais on n'avait eu aucune nouvelle de lui depuis sa disparition.

Dans cet état, sa succession s'ouvrait-elle, en vertu de l'article 27, *au profit de ses héritiers les plus proches à l'expiration des cinq ans,* depuis l'exécution par effigie ?

Ou bien, au contraire, devait-on envoyer en possession de ses biens, aux termes de l'article 120, ses héritiers les plus proches *au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles !*

On comprend que les héritiers pouvaient n'être pas les mêmes à ces deux époques, et que la question dès lors présentait un grand intérêt.

M. Richelot (t. I, p. 161, *note* 10) semblait toutefois contester *l'utilité de cette controverse.*

« Il résulte, dit-il, des articles 115 et 119 du Code « Napoléon, qu'un intervalle de cinq ans doit nécessaire- « ment précéder l'envoi en possession des biens d'un « absent ; or, la mort civile alors encourue (art. 27 et 30 « du Cod. Napol.), ouvrira sa succession au profit des « héritiers qui recueilleront les biens de la même manière « que si son décès était prouvé (art. 130). »

Il paraît bien résulter de ce passage que l'honorable auteur attribuait, dans ce cas, la préférence aux parents, qui se trouvaient héritiers du condamné, à l'époque de l'expiration des cinq ans, qu'il appliquait, en un mot, l'article 27 et non pas l'article 120.

Mais cette solution même était très-grave, puisqu'elle écartait les autres parents, (ou leurs ayants cause,) qui se trouvaient les héritiers présomptifs du contumax, à l'époque de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et puisqu'en déclarant la mort civile encourue, alors même qu'il n'était pas prouvé que le contumax avait survécu à l'expiration des cinq ans depuis l'exécution par effigie, elle décidait que son testament devait aussi demeurer sans effet.

Il est dès lors évident que la question offrait beaucoup d'intérêt.

Comment donc fallait-il la résoudre?

Pour soutenir que la mort civile n'était pas encourue dans ce cas, et qu'on devait seulement appliquer les règles de l'absence, on pouvait raisonner ainsi :

1° D'après les articles 115, 120 et 123, lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que pendant un certain nombre d'années, on n'en a point eu de nouvelles, il y a lieu à la déclaration d'absence, et par suite à l'envoi en possession de ses biens au profit de ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, comme aussi à l'exécution provisoire de son testament;

Or, nous supposons qu'on n'avait eu aucunes nouvelles du contumax depuis sa disparition;

Donc, on se trouvait dans l'hypothèse même prévue par ces articles, qui devaient être, par conséquent, appliqués.

2° Dira-t-on que la cause de la disparition était connue..., qu'il s'agissait d'un condamné par contumace et non d'un absent véritable?

Mais la loi ne fait aucune distinction de ce genre; et elle n'en devait pas faire. N'est-ce pas, le plus souvent, par des causes semblables, à la suite de mauvaises affaires ou de poursuites criminelles, que ces sortes de disparitions arrivent? L'article 117 permet au tribunal d'avoir égard à ces causes et de différer la déclaration d'absence; mais les juges ne pourraient, en aucun cas, décider qu'il n'y a pas lieu de la prononcer, parce que les motifs de la disparition seraient connus. Cette circonstance ne change pas le caractère essentiel de cette situation, savoir : l'incertitude sur l'existence de la personne résultant du défaut absolu de nouvelles depuis sa disparition.

3° Supposez, en effet, une condamnation par contu-

mace à une peine n'emportant pas mort civile; il faudra bien alors appliquer les règles de l'absence, puisqu'à défaut de nouvelles et de preuve du décès du contumax, il n'y aurait aucun autre moyen de régler la dévolution des biens (art. 120, 130); or, qu'importe, à cet égard, la nature et l'intensité plus ou moins grande de la peine prononcée? elle n'est et ne peut être, sur notre question, d'aucune influence; donc, dans tous les cas, malgré la condamnation par contumace, quelle qu'elle soit, il y a lieu seulement à l'application du régime de l'absence, et en particulier des articles 120 et 123, lorsqu'on n'a eu aucune nouvelle du condamné par contumace depuis sa disparition.

Certainement on ne contesterait pas que les articles 135 et 136 étaient applicables au condamné par contumace même à une peine emportant mort civile, et que si, depuis sa disparition, et avant l'expiration des cinq ans, il s'était ouvert une succession à son profit, son existence aurait pu être méconnue par ceux qui auraient eu le droit de la recueillir à son défaut (Cass., 23 mars 1841, Bessière, D., 1841, I, 177);

Or, si les articles 135 et 136 du titre de l'*Absence* étaient alors applicables, pourquoi pas les articles 120 et 123?

On pourrait aussi invoquer, en ce sens, l'avis du conseil d'État des 19 août-20 septembre 1809; et telle paraît être, en effet, l'opinion de M. de Moly, qui toutefois ne s'explique pas, à cet égard, très-nettement (*Traité des absents*, n° 788 et suiv.; ajout. Demante, t. I, n° 6 *bis* XIII à XV).

Quelques-uns de ces motifs étaient graves; et je conviens qu'ils m'avaient fait hésiter.

Néanmoins je m'étais rangé finalement à l'opinion contraire :

1° D'après les articles 25 et 27, le condamné par contumace était frappé de mort civile cinq ans après l'exé-

cution par effigie; sa succession était donc ouverte à ce moment au profit de ceux qui se trouvaient alors ses héritiers; et son testament ne pouvait pas être exécuté.

Ces textes étaient affirmatifs, absolus; ils n'étaient pas subordonnés à la condition qu'il serait prouvé que le condamné existait encore. Il résulte, au contraire, de toute l'économie de ces articles (27-31), que les trois périodes de la condamnation par contumace, suivaient, de plein droit, leur cours et s'accomplissaient, si ce n'est dans le cas de représentation soit volontaire, soit forcée, ou de décès du condamné. Mais le décès devait être prouvé par ceux qui l'alléguaient et qui prétendaient, en conséquence, que cet événement avait arrêté la marche des périodes légales : *Si le condamné par contumace meurt dans le délai de grâce des cinq années*, etc.; donc, s'il ne décédait pas dans le délai, la mort civile le frappait; donc, il fallait prouver qu'il était décédé dans ce délai pour qu'il n'en fût pas atteint.

2° Autrement, vous affaiblissiez, vous énerviez la puissance et l'efficacité de la peine. Il ne serait presque jamais arrivé, dans l'autre système, qu'un condamné par contumace subît la mort civile; et ses dispositions testamentaires auraient toujours été exécutées. Ce sont ceux-là, en effet, qui se cachaient le mieux! et il faut même le dire, l'enquête, dans le but de faire déclarer leur absence, aurait eu quelque chose d'odieux, puisqu'elle aurait provoqué ceux qui avaient de ses nouvelles, à mettre la justice sur ses traces et à le livrer; aussi, aurait-elle été le plus souvent inutile et n'aurait-elle rien appris!

3° Enfin, voici surtout l'argument qui me déterminait. C'est qu'en appliquant à cette situation le régime de l'absence, on se jetait dans des embarras et dans des complications, qui me paraissaient inextricables!

A quel titre, en effet, ceux que l'on aurait envoyés en possession, les héritiers présomptifs, les légataires

(art. 120, 123), auraient-ils recueilli les biens? évidemment, ils n'auraient pu les obtenir que comme envoyés en possession provisoire, et par conséquent à la charge de fournir caution (art. 120, 123), et de les garder pendant trente ans comme simples administrateurs (art. 125, 128, 169).

Et, pourtant, voyez donc!

Cet absent, ou plutôt ce condamné, mais de deux choses l'une :

Ou il était mort naturellement; ou il était mort civilement. En aucun cas, ces biens-là ne lui appartenaient; nécessairement ils appartenaient à d'autres; et cette caution, et ce dépôt, et toute cette situation provisoire et expectante, auraient été ici sans but et sans raison aucune! car pour lui, pour le condamné, tout était fini, tout était perdu! et si sa succession n'était pas déjà ouverte par la mort naturelle, elle l'était certainement par la mort civile.

Et pour le conjoint du condamné, que dirait-on? aurait-il pu se remarier? non, si vous appliquiez les règles de l'absence (comp. art. 130, 147). Mais le conjoint aussi aurait répondu qu'en aucun cas, son mariage n'existait encore, puisqu'il était inévitablement dissous soit par la mort naturelle, soit par la mort civile de son conjoint.

Toutes ces difficultés, qu'on pourrait multiplier encore, me portaient à penser qu'en effet il fallait déclarer la succession ouverte par la mort civile, à l'époque de l'expiration des cinq ans.

Mais, dit-on, il n'en serait pas ainsi dans le cas d'une condamnation par contumace à une peine, qui n'emporterait pas mort civile.

Cette proposition serait contestable (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 310).

Mais, lors même qu'on l'admettrait, que de différences!

D'abord dans ce cas, il n'y a pas une autre époque à

laquelle la succession puisse être ouverte. Lorsqu'un individu a disparu, sans donner de ses nouvelles, on a pensé qu'il était naturel de présumer que son décès avait eu lieu au moment même du dernier signe de vie donné par lui. Nous verrons pourtant que ce n'est pas sans controverse et sans hésitation qu'on s'est arrêté à ce parti. (Comp. notre *Traité de l'absence*, n° 11.) Mais enfin, dans ce cas, comme il n'y a pas de raison de placer son décès, et par conséquent l'ouverture de sa succession, à une époque plutôt qu'à une autre, on l'a fixé à l'époque de ses dernières nouvelles.

Mais dans notre hypothèse, nous n'avions pas d'embarras sur ce point. Il y avait une époque marquée par la loi elle-même, époque où le condamné était frappé de mort civile ; et on conçoit très-bien que la simple présomption que le contumax a pu mourir au moment de ses dernières nouvelles, que cette présomption, telle quelle, n'ait pas prévalu dans cette circonstance, où il y avait un autre moyen de régler la dévolution des biens, et où il importait à la société que toutes les conséquences de la condamnation prononcée s'accomplissent (comp. Paris, 27 décembre 1834, l'*Admin. des Dom.*, Dev., 1836, II, 201 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 315 ; Berthauld, *Revue pratique de droit français*, t. VI, p. 99, et suiv. ; et *Cours de Code pénal*, p. 257 et suiv.)

235. — Reste, enfin, sur tout ce sujet, une dernière question générale :

Quel était l'effet de la grâce ou de la commutation de peine accordée par l'Empereur à un individu condamné à une peine emportant mort civile ?

D'après le Sénatus-consulte du 25 décembre 1852, « l'Empereur a le droit de faire grâce. »

Mais aucune loi n'a défini nettement l'étendue et les limites de ce pouvoir, ni déterminé les effets de la grâce.

Aussi, les opinions ne sont-elles pas, sur ce point, unanimes.

Il y a toutefois deux principes anciens, traditionnels, fondés sur la raison et l'intérêt public, qu'on s'accorde à reconnaître, savoir :

1° Que la grâce ne peut pas nuire au tiers, ni enlever des droits acquis, et qu'elle est, dès lors, toujours accordée *salvo jure alieno;*

2° Que, par suite, elle n'a point d'effet rétroactif, et ne profite au gracié que pour l'avenir.

On peut fonder ces deux règles sur une base excellente, sur l'article 30 du Code Napoléon ; car si un acte de rigoureuse justice, si l'arrêt d'acquittement lui-même, qui proclamait l'innocence du condamné, ne lui rendait la vie civile que pour l'avenir, à plus forte raison devait-il en être ainsi d'un acte de la clémence impériale!

Cela posé, il faut distinguer :

Ou la grâce était accordée avant l'exécution de la condamnation;

Ou elle n'était accordée qu'après [1].

Dans le premier cas, le condamné n'encourait point la mort civile. D'une part, la mort civile ne résultait que de l'exécution (art. 26); or, cette exécution n'avait pas eu lieu. D'autre part, aucun droit n'était encore ouvert ni acquis à des tiers, les condamnations étant toujours prononcées sous la réserve du droit de grâce qui appartient à l'Empereur. Il en aurait été de même de la commutation de peine, si la peine nouvelle, substituée à la peine prononcée par la condamnation, n'avait pas emporté la mort civile (comp. Orléans, 5 fév. 1847, Diolot, Dev., 1847, II, 586).

Dans le second cas, la mort civile avait déjà été encourue; et nous venons de dire que tous les effets,

1. Je parle des condamnations contradictoires; quant aux condamnations par contumace, la grâce ne pouvait pas être accordée avant la prescription de la peine, puisque, jusqu'à cette époque, il y avait lieu à de nouveaux débats, dès que le contumax pouvait être saisi, et qu'il n'était plus dès cet instant qu'*accusé*.

qu'elle avait produits, demeuraient définitifs pour le passé.

Mais quel était l'effet de la grâce pour l'avenir ?

C'est ici que commençaient les dissidences :

1° Une opinion raisonnait ainsi : en droit, la grâce peut restituer au condamné, pour l'avenir, l'intégrité de ses droits et la plénitude de la vie civile; en fait, l'Empereur l'a-t-il voulu ainsi? telle est la seule question à examiner. Il fallait donc consulter et interpréter les lettres de grâce. Que si elles accordaient, sans restriction, remise pleine et entière de la peine, le condamné rentrait dans la vie civile, comme dans le cas de l'article 30, sans avoir besoin de la réhabilitation. Merlin enseigne que le simple avis du conseil d'État du 18 janvier 1823, qui exprime l'opinion contraire, n'est pas obligatoire pour les tribunaux; M. Richelot remarque, en outre, que le conseil d'État ne s'occupait, dans ce cas, que d'*une incapacité relative aux pensions militaires* (Merlin, *Rép.*, t. XVII, p. 169, v° *Mort civile; Quest. de droit*, t. VIII, v° *Grâce*, § 1 ; Toullier, t. I, n° 251 ; Duranton, t. I, n° 240 ; Proudhon, *De l'usufruit*, n° 2023; Richelot, t. I, p. 168 ; Taulier, t. I, p. 139 ; Demante, t. I, nos 47 *bis* et 71 *bis*).

2° Le sentiment contraire me paraissait néanmoins préférable : la grâce est la remise de la peine elle-même, de la peine proprement dite ; or, les différentes incapacités dont le condamné était frappé, bien que pénales aussi sans doute, n'avaient pourtant pas le même caractère que la peine principale et directe; et c'est de là qu'était venue cette proposition que la mort civile n'était pas une peine (*supra*, n° 195); donc, la grâce n'en pouvait pas faire remise ; c'est la réhabilitation seule qui pouvait les effacer; car ces différentes incapacités étaient, pour la plupart, autant de garanties données à la société et aux tiers.

Tels sont les principes proclamés par le conseil d'État

le 18 janvier 1823, dans une occasion spéciale, il est vrai, mais d'une manière générale et théorique.

Enfin, le doute aujourd'hui paraît bien devoir être levé par la rédaction des articles 619 et 635 du Code d'instruction criminelle : « Tout condamné à une peine afflic-« tive ou infamante, ou à une peine correctionnelle, qui « a subi sa peine, ou *qui aura obtenu des lettres de grâce,* « peut être réhabilité.... La réhabilitation fera cesser « pour l'avenir, dans la personne du condamné, toutes « les incapacités, qui résultaient de la condamnation. » (Comp. Loi du 3 juill. 1852, *sur la réhabilitation des condamnés;* Rouen, 23 avril 1845, Malherbe, Dev., 1846, II, 428; Montpellier, 17 août 1847, O..., Dev., 1847, II, 583; Nîmes, 11 janvier 1848, Ginoux, D., 1848, II, 119; Cass., 10 avril 1849, O..., Dev., 1849, I, 311; Valette sur Proudhon, t. I, p. 534, note 6; Devilleneuve, *Consultation,* 1846 II, 423; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 301; Reuter, *Du droit crim.,* II, 862; Berthauld, *Cours de Code pénal,* p. 462 et suiv.; Trolley, t. I, p. 148; Foucart, t. I, p. 115.)

236. — Quant à l'amnistie, deux questions graves s'agitent depuis longtemps :

1° Quels sont ses effets, et en quoi diffère-t-elle de la grâce?

2° Par qui peut-elle être accordée? par l'Empereur ou par le pouvoir législatif?

1° On reconnaît, en général, que l'effet de l'amnistie est plus étendu et plus complet que celui de la grâce. C'est une mesure collective plutôt qu'individuelle, politique souvent plus encore que miséricordieuse, et qui, se proposant la concorde par l'oubli, doit effacer les traces du passé. Aussi, considère-t-on qu'elle abolit, qu'elle anéantit non-seulement la peine, mais même les condamnations prononcées, même aussi le crime! (Comp. Cass., 11 juin 1825, Min. publ. D., 1825, I, 395; Cass., 29 juin 1829, Dalsace, D., 1829, I, 277; Angers, 21 août 1840,

le maire de Saint-Léger-des-Bois, Dev., 1840, II, 372.)

Toutefois, je pense que l'amnistie elle-même ne saurait aller jusqu'à enlever les droits déjà acquis à des tiers, soit en ce qui concerne les réparations civiles pour le dommage causé par le fait amnistié (art. 1382, 1383), soit même en ce qui concerne la succession de l'amnistié, si elle leur était dévolue, si elle était ainsi devenue leur propriété (arg. de l'article 30; Cass., 1 février 1842, Lechauff, D., 1842, I, 81; Rennes, 11 mai 1847, de la Houssaye, Dev., 1847, II, 344).

Voilà pourquoi j'ai dit plus haut que je ne regardais pas comme bien rendu l'arrêt de la Cour d'Angers, qui a décidé que l'amnistie revalidait, de plein droit, le mariage dissous par la loi civile (*supra*, n° 232). La Cour de Cassation a toutefois aussi consacré cette doctrine, en décidant même que la communauté de biens entre les époux, qui avait été dissoute par la mort civile, avait été, de plein droit, rétablie, comme le mariage, par l'effet de l'amnistie (comp. Cass., 31 déc. 1850, de Girardin, Dev., 1850, I, 239; Cas., 8 déc. 1851, Guérin de la Houssaye, Dev., 1852, I, 215; Merlin, *Rép*, v° *Mariage*, sect. III, § 1; Fœlix, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1845, t. II, p. 491 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 301; mais comp. aussi Cass., 21 juin 1858, minist. publ., D., 1858, I, 265; et les judicieuses considérations présentées par M. Berthauld, dans son *Cours de Code pénal*, p. 459, 460).

2° La seconde question: par qui l'amnistie doit-elle être accordée? dépend beaucoup de la première; et elle avait été, antérieurement à la Constitution actuelle, fort controversée, sous l'empire des chartes de 1814 et de 1830.

Ceux qui ne voient, dans l'amnistie, qu'un mode d'exercice du droit de grâce, pensaient que le pouvoir de l'accorder appartient au chef de l'État.

Ceux, au contraire, qui y voient des effets plus étendus, exigeaient l'intervention du pouvoir législatif.

C'était là une question de droit public fort grave; mais, en ce qui nous concerne, nous avions pensé qu'en effet, c'était au pouvoir législatif qu'il appartenait seulement d'accorder l'amnistie, cet acte tout-puissant, qui arrête même les poursuites de la justice (comp. Dupin, *Encyclop. du droit*, v° *Amnistie*, § 3; en sens contraire, Cass., 1er septembre 1837, Hugon, Dev., 1837, I, 937; Cass., 19 juillet 1839, Charasson, Dev., 1839, I, 984).

Cette question est aujourd'hui formellement résolue par le Sénatus-consulte, du 25 décembre 1852, dont l'article 1 porte que :

« L'Empereur a le droit de faire grâce et d'accorder des « amnisties. »

APPENDICE

RELATIF

A LA LOI DU 31 MAI 1854, PORTANT ABOLITION DE LA MORT CIVILE.

SOMMAIRE.

1. — Exposition.
2. — La mort civile est abolie. — Conséquence.
3. — Division.

1. — L'exposition, que nous venons de faire de la mort civile, a montré tout ce que cette fiction étrange et terrible renfermait à la fois de cruautés et d'inconséquences! et à quel point ce débris de la barbarie des temps anciens, qui rappelait encore, dans nos Codes, l'esclavage de la peine, contrastait avec les lois et les mœurs de notre temps!

Aussi, depuis un grand nombre d'années déjà, la conscience publique s'en était émue; et des voix généreuses s'élevaient, de toutes parts, pour dénoncer les excès et

l'*immoralité* de cette pénalité exorbitante, et en demander l'abrogation (comp. Rossi, *Traité de droit pénal*, t. III, p. 206; Faustin Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 188 et suiv.; Cauvet, *Revue de législ.*, 1849, t. I, p. 372; Molinier, *Revue étr. et franç.*, 1850, t. VII, p. 370 et 480; Humbert, *Des conséq. des condamnat. pén.*, n° 205).

Deux propositions tendant à ce but avaient même été soumises en 1831 et en 1834, à la Chambre des députés (comp. *Moniteur* du 25 nov. 1831 et du 19 janv. 1834).

Une nouvelle proposition fut aussi présentée en 1849, à l'Assemblée législative, où elle a été l'objet d'un rapport très-remarquable de notre regretté maître, Demante (comp. *Revue crit. de jurisp.*, 1853, t. III, p. 98 et suiv.).

Mais, par des causes diverses, ces tentatives de réforme n'eurent point de résultat.

La loi du 8 juin 1850 déclara d'abord que la condamnation à la déportation n'emporterait pas la mort civile.

Et, enfin, la loi du 31 mai 1854 a complétement satisfait au vœu de l'opinion publique, dont les publicistes et les jurisconsultes s'étaient faits les interprètes.

2. — L'article 1 de cette loi est ainsi conçu :

« La mort civile est abolie. »

On ne saurait imaginer une formule plus générale et plus absolue.

La mort civile est abolie !

Abolie donc pour tous les cas ! effacée complétement de toutes nos lois, soit comme peine accessoire, soit comme peine principale !

C'est ainsi que, à supposer qu'elle existât encore, avant la loi nouvelle, dans les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811, elle y serait certainement aujourd'hui supprimée par l'article 1 de cette loi (comp. *supra*, n°s 186, 187; Rouher, *Exposé des motifs*, *Moniteur* du 18 mars

1854; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 285; Humbert, n° 425).

Nous verrons même que la mort civile est abolie non-seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé. (*Infra*, n° 30 et suiv.)

3. — Maintenant, que va-t-on mettre à la place de la mort civile abolie?

Et quelle sera désormais l'influence d'une peine afflictive perpétuelle sur l'état civil du condamné !

« Lorsqu'on a supprimé la mort civile, disait M. Molinier, il reste une tâche très-difficile à remplir : celle de combler le vide qu'on a fait dans nos lois, et de pourvoir aux nécessités des positions diverses dans lesquelles les condamnations contradictoires ou par contumace placent les condamnés, par rapport à leur famille, et par rapport à leurs biens. » (*Revue étr. et franc., loc. sup.*, p. 482.)

Ardu problème, en effet, et dont les difficultés ont été, pendant longtemps, le principal obstacle à l'abolition de la mort civile !

Car, si l'humanité a ses droits, il ne faut pas oublier non plus que la société a les siens, qui sont aussi ceux de l'humanité; et, puisque les nécessités sociales de la répression exigent qu'il y ait des peines perpétuelles, on ne saurait, sans inconséquence et sans péril, altérer, dans ces peines, le caractère de perpétuité, qui en fait précisément la puissance !

De quelle manière la loi du 31 mai 1854 a-t-elle résolu ce problème?

C'est ce que nous avons à examiner.

Les différentes dispositions de cette loi nous paraissent se rapporter aux quatre points principaux, que voici :

1° Les unes déterminent l'état général du condamné (art. 2);

2° Les autres prononcent contre lui certaines incapacités spéciales (art. 3);

3° Les troisièmes accordent au gouvernement la faculté de le relever de certaines incapacités et de lui accorder l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits (art. 4);

4° Les dernières dispositions, enfin, ont un caractère transitoire (art. 5 et 6).

Nous allons exposer successivement ces quatre ordres de dispositions.

§ I.

De l'état général du condamné.

SOMMAIRE.

4. — La dégradation civique et l'interdiction légale, dont le condamné est atteint, forment ce que l'on peut appeler son état général. — Conséquences.
5. — Suite. — De la dégradation civique.
6. — De l'interdiction légale.
7. — Suite. — Observations critiques.
8. — A partir de quel moment sont encourues par le condamné la dégradation civique et l'interdiction légale? — A. Du cas où la condamnation est contradictoire.
9. — B. Du cas où la condamnation est par contumace.
10. — Suite.
11. — A quelles condamnations s'applique la loi du 31 mai 1854?

4. — L'article 2 est ainsi conçu :

« Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établie par les articles 28, 29 et 31 du Code pénal. »

Tel est ce que l'on peut appeler aujourd'hui l'état général du condamné à une peine afflictive perpétuelle.

En conséquence :

1° La succession du condamné ne s'ouvre pas; il conserve tous ses biens.

2° Il peut encore recueillir lui-même des successions.

3° Il est capable de transmettre ses biens à ses héritiers ab intestat.

4° Son mariage n'est pas dissous; et ses conventions

matrimoniales subsistent également, à moins que l'autre époux n'obtienne sa séparation de corps (art. 232, 311).

En un mot, tous ces effets de la mort civile, qui étaient écrits notamment dans les articles 25 et 33, sont désormais effacés.

Le condamné continue donc légalement d'occuper sa place dans la famille; il conserve la propriété de ses biens; et il peut en acquérir de nouveaux par succession.

Seulement, il est atteint, d'une part, par la dégradation civique; et, d'autre part, par l'interdiction légale.

5. — La dégradation civique pouvait très-bien s'adapter à une peine perpétuelle; car, elle est elle-même un état permanent et perpétuel, à ce point qu'elle a toujours ce caractère, lors même qu'elle n'accède qu'à des peines temporaires, puisque, dans sa durée indéfinie, elle survit au châtiment physique (art. 34, Cod. pén.; art. 619 et 635, Cod. d'inst. crim.; *supra*, n° 191).

Aussi, l'application de la dégradation civique au condamné à une peine perpétuelle n'a-t-elle soulevé aucune objection sérieuse.

6. — Il n'en a pas été ainsi de l'interdiction légale.

Cette espèce d'interdiction, en effet, n'avait été, jusque dans ces derniers temps, que l'accessoire de peines temporaires; et des dissentiments graves s'élevèrent, lorsqu'il fut question de l'appliquer aussi à des peines perpétuelles. Ne devait-on pas craindre de mettre indéfiniment ainsi les biens hors du commerce? Surtout, n'était-ce pas une assimilation trop grande des peines perpétuelles avec les peines temporaires?

Mais on a répondu que l'interdiction légale n'avait, en soi, relativement à sa durée, aucun caractère essentiel; qu'elle n'était elle-même qu'une peine accessoire, qui devait participer au caractère de la peine principale à laquelle elle se trouvait attachée; et que, si elle ne pouvait

être que temporaire, avec les peines temporaires, rien ne s'opposait à ce qu'elle fût perpétuelle, avec les peines perpétuelles.

Ce qui d'ailleurs était évident pour tous, c'est qu'il était impossible de laisser au condamné l'administration et la jouissance de ses biens.

Les uns proposaient de l'en exproprier! Mais c'était revenir à la mort civile; son incapacité, d'ailleurs, peut cesser de diverses manières; et, dans ce cas, il serait étrange et douloureux *de voir un malheureux errer autour de sa maison aliénée par des collatéraux.*

D'autres proposaient de soumettre ses biens au régime des biens d'absents, avec l'envoi en possession au profit des parents! Mais il est facile d'apercevoir ce que ce régime appliqué aux condamnés à des peines perpétuelles, soulevait d'objections de toute sorte et de la plus sérieuse gravité.

Finalement donc, puisque, d'une part, le condamné devait conserver ses biens et pouvoir même en acquérir de nouveaux; et que, d'autre part, l'administration et la jouissance ne pouvaient pas lui en être laissées, il ne restait que le moyen de l'interdiction légale; et c'est celui, en effet, qui a été appliqué (comp. *Moniteur* du 4 mai 1854; et le rapport de M. Demante, *Revue crit. de jurisp.*, 1853, p. 110; Humbert, nos 428, 429).

Et voilà bien précisément ce qui a toujours fait la redoutable difficulté de ce problème!

L'ancienne loi, qui brisait, dans la personne du condamné, tous les liens de la famille et de la propriété, était assurément la sanction énergique et adéquate de la perpétuité de la peine! mais, par sa dureté et son inhumanité, elle avait soulevé nos consciences!

La loi nouvelle est plus douce; mais n'est-il pas permis de se demander si, en laissant le condamné, après comme avant! dans la même situation de famille et de fortune, sauf, bien entendu, les incapacités spéciales pro-

noncées par l'article 3 (*infra*, n° 12), cette loi n'a pas énervé la puissance, et même peut-être, à certains égards, modifié le caractère des peines perpétuelles! (*Infra*, nos 7 et 21.)

7. — Rien, il est vrai, ne pourra soustraire le condamné à la dégradation civique, une fois qu'il l'aura encourue; ni la prescription, ni même la grâce ne pourront l'en affranchir, sauf le cas de réhabilitation. (Comp. art. 633, 635, Cod. d'inst. crim.; et *supra*, n° 235.)

Mais tout autre est l'effet de l'interdiction légale!

Cette interdiction, aux termes de l'article 29 du Code pénal, n'existe que *pendant la durée de la peine.*

D'où il suit qu'elle cesse, toutes les fois que la peine elle-même vient à cesser, par une cause quelconque, par la grâce, ou même seulement par la prescription.

C'est-à-dire qu'il pourrait arriver que cet homme, condamné pour le plus odieux des crimes, à la mort, ou aux travaux forcés à perpétuité, vînt reprendre, dans la société, après sa peine prescrite, la possession et la jouissance de toute sa fortune!

Ne serait-ce point là, pour la loi nouvelle, une grande épreuve!

8. — A partir de quel moment sont encourues par le condamné la dégradation civique et l'interdiction légale?

La loi nouvelle ne le dit pas expressément.

Et nous croyons que, pour répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer les condamnations contradictoires d'avec les condamnations par contumace.

A. — La condamnation est-elle contradictoire?

La dégradation civique affecte certainement le condamné, aux termes de l'article 28 du Code pénal, du jour où la condamnation est devenue irrévocable (comp. art. 373 à 375 du Cod. d'instr. crim.).

Quant à l'interdiction légale, on peut soutenir qu'elle

ne commence que du jour de l'exécution de la peine, puisqu'il est dans sa nature d'être l'accessoire de la peine elle-même; et que d'ailleurs, cette interdiction, qui remplace la mort civile, semble ne devoir commencer, comme autrefois la mort civile elle-même, aux termes de l'article 26, qu'à compter du jour de l'exécution soit réelle, soit par effigie (comp. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 318; Delsol, *Le Code Napol. expl.*, t. I, p. 56, 57).

Mais il faut remarquer que les termes de l'article 2 de la loi du 31 mai 1854, très-différents de ceux de l'article 26 du Code Napoléon, disposent, au contraire, que *les condamnations* à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale; et la vérité est que les motifs, tels quels, au moyen desquels on expliquait la disposition de l'article 26 (*supra*, n° 215), ne seraient pas même applicables à l'interdiction légale.

L'article 2 de notre loi, d'ailleurs, se réfère directement à l'article 29 du Code pénal; or, il résulte de la combinaison de l'article 29 avec l'article 23 du même Code, que l'interdiction légale, telle que la loi nouvelle l'a empruntée au Code pénal, date, en effet, du jour où la peine principale est devenue irrévocable. (Comp. Demante, t. I, n° 72 *bis*, III; Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 247; Humbert, *Des conséq. des condam. pén.*, n° 317 *bis*.)

9. — B. La condamnation est-elle par contumace?

Quant à la dégradation civique, pas de difficulté; il est encore certain, aux termes de l'article 28 du Code pénal, qu'elle est encourue du jour de l'exécution par effigie.

Mais en est-il de même de l'interdiction légale?

Demante, qui avait enseigné d'abord l'affirmative (t. I, n° 61 *bis*, I et 72 *bis*, III), l'a ensuite abandonnée (t. III, n° 21 *bis* II, et *Revue critique de jurispr.*, 1857, t. I, p. 77).

Mais la même doctrine a été enseignée depuis par M. Berthauld (*Cours de Code pén.*, p. 248, et *Quest. controv.*, p. 14); et on peut voir, dans la *Revue pratique de droit français*, l'intéressante polémique, dont cette thèse a été l'objet entre notre savant collègue de la Faculté de Caen et M. Frédéric Duranton (t. III, p. 241, et t. V, p. 5 et 131).

Nous croyons, pour notre part, que l'on doit conclure des textes mêmes du Code pénal et des motifs qui ont dicté ces textes au législateur, que l'interdiction légale ne résulte pas des condamnations par contumace :

D'une part, en effet, aux termes de l'article 29 du Code pénal, c'est *pendant la durée de sa peine*, que le condamné est en état d'interdiction légale; et les articles 30 et 31 supposent aussi une peine, qui *dure ou qui est subie*. Or, ceci nous paraît prouver que ces mots : *pendant la durée de sa peine*, ne sauraient être entendus, ainsi que M. Bertauld propose de le faire, comme synonymes de ceux-ci : *tant que la peine n'est pas prescrite*.

D'autre part, le but de l'interdiction légale, c'est d'enlever au condamné le gouvernement et la jouissance de ses biens; or, précisément, pendant la contumace, les biens du condamné sont, à partir de l'arrêt, régis par l'administration des Domaines (art. 465 et 471 du Code d'instr. crim.); et on s'explique, dès lors, comment le législateur n'a pas prononcé une interdiction, dont le but était l'organisation d'une tutelle, qui n'aurait ici, à peu près, rien à faire.

Il est vrai que, en cas de condamnation contradictoire, le condamné peut s'échapper, quoique cette hypothèse soit d'ailleurs assez rare; il est vrai encore, que, en cas de condamnation par contumace, il pourrait vendre la nue propriété de ses biens; et nous ne voulons pas nier ce que ces objections ont de gravité.

Mais ce qui nous paraît vrai aussi, c'est que le législateur ne paraît pas s'en être préoccupé ; et que sa pensée, dans l'établissement de l'interdiction légale, ne s'étant portée que sur le condamné qui subit sa peine, il n'en a pas frappé le condamné par contumace, dont les biens ont été, de sa part, l'objet d'une autre mesure, c'est à-dire du séquestre.

Le rapporteur de la loi du 31 mai 1854, M. Riché, a pourtant exprimé une opinion conforme à celle de notre honorable collègue M. Bertauld (Dev., 1854, III, 102).

Mais l'opinion contraire a été très-nettement exprimée dans l'*exposé des motifs :*

« Si la condamnation a été prononcée par contumace, dit M. Rouher, comme le condamné n'expie pas sa peine, et échappe, au contraire, à l'action de la loi, l'interdiction légale ne reçoit pas son application. » (Dev., *loc. supra cit.*, p. 99.)

Et c'est cette dernière opinion, plus conforme aux textes et aux principes, qui doit, suivant nous, prévaloir (comp. Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 20; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 318; Humbert, nos 363 et 420).

10. — Mais de là ne résulte-t-il pas une lacune dans la loi nouvelle?

En effet sous l'empire des articles du Code Napoléon, qui avaient organisé la mort civile, il n'y avait aucun inconvénient à décider que les condamnés par contumace à une peine emportant mort civile, ne seraient pas interdits légalement; car, aux termes de l'article 28, ils étaient, pendant les cinq années de grâce, privés de l'exercice des droits civils, c'est-à-dire dans une situation à peu près analogue à celle de l'interdiction légale ; tandis que, d'après la loi du 31 mai 1854, les condamnés par contumace à des peines afflictives perpétuelles ne se trouvent, pendant ce délai, ni interdits légalement, ni

privés de l'exercice des droits civils (*voy.* aussi l'article 3, *in fine*).

Il est vrai que leurs biens sont placés sous le séquestre de la régie, auxquels ils ne pourraient porter atteinte par aucun de leurs actes (art. 471 du Code d'instr. crim.); et l'on a ajouté que cette incapacité relative aux biens séquestrés, a dû paraître suffisante; d'autant plus que l'article 28, qui n'augmentait guère l'efficacité de la peine, qu'à l'effet de contraindre le contumax à se représenter, aurait pu être une rigueur cruelle, si les étrangers l'eussent invoqué contre lui comme statut personnel, puisqu'il lui aurait enlevé même la faculté de contracter pour le soutien de sa vie naturelle! (Humbert, n° 445.)

Nous apprécions ces motifs, sans doute; et toutefois, il ne nous est pas démontré que, si l'attention du nouveau législateur s'était arrêtée sur cette situation, il n'aurait pas sanctionné, d'une façon plus énergique, pour le condamné par contumace à une peine afflictive perpétuelle, l'obligation de se représenter; nous aurions, pour notre part, très-bien compris, pour ce cas, une sévérité plus grande (comp. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 318).

11. — L'article 2 de notre loi est applicable, d'après son texte même, *aux condamnations à des peines afflictives perpétuelles*.

Par conséquent il comprend la condamnation à la peine de mort, comme la condamnation aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation; et, en effet, le régime établi par cette loi, qui a pour but de remplacer la mort civile, devait s'appliquer aux trois situations, dans lesquelles la mort civile était auparavant encourue (*supra*, n° 195).

Autrement, et si l'article 3, dont nous allons parler, n'était pas applicable au condamné à la peine de mort, quelle serait, en cas de condamnation par contumace, sa situation, après l'expiration des cinq ans? et en cas de

condamnation contradictoire, après son évasion, s'il était parvenu à s'échapper ?

Il faudrait donc aussi, dans tous les cas, que son testament fût exécuté ?

Mais il n'en est pas ainsi.

Et, tout au contraire ! son testament aujourd'hui ne pourrait pas être exécuté, lors même qu'il décéderait, de quelque manière que ce fût, même par suicide, avant l'exécution de la condamnation capitale ; car la nullité du testament est aujourd'hui le résultat, non plus de l'exécution, mais de la condamnation (comp. art. 3 ; *supra*, n° 8 ; Bertauld, *Cours de Cod. pén.*, p. 262 ; Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 21 ; Humbert, n° 422 ; *voy.* pourtant Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 318 et 321).

§ II.

Des incapacités spéciales qui atteignent le condamné.

SOMMAIRE.

12. — Exposition.
13. — Les incapacités spéciales prononcées par l'article 3, ont pour résultat d'enlever au condamné, non pas seulement l'*exercice*, mais la *jouissance* elle-même des droits auxquels elles s'appliquent. — Conséquences.
14. — Suite. — Ces incapacités ne sont pas des conséquences de l'interdiction légale.
15. — D'où il résulte que l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 ne doit exercer aucune influence sur le sort des diverses théories, auxquelles l'interprétation de l'article 29 du Code pénal a donné lieu
16. — Les institutions contractuelles, qui ont été faites antérieurement à la condamnation, soit par le condamné, soit au profit du condamné, sont-elles comprises dans l'article 3 ?
17. — C'est dans les termes les plus généraux que le condamné est déclaré incapable de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament. — Conséquences. — Observations.
18. — Suite. — Le tuteur et le conseil de famille du condamné interdit, peuvent-ils, aux termes de l'article 511, attribuer une dot ou un avancement d'hoirie à ses enfants?
19. — Les incapacités spéciales décrétées par le premier alinéa de l'article 3, ne sont applicables au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. — D'où il résulte que s'il meurt, s'il reparaît ou s'il est arrêté avant l'expiration de ce délai, aucune de

ces incapacités n'aura pu l'atteindre ; et il faut alors appliquer les anciens articles 29 et 31 du Code Napoléon.

20. — Mais faut-il aussi appliquer l'ancien article 30? en d'autres termes, lorsque le condamné par contumace ne s'est représenté ou n'a été arrêté qu'après les cinq ans, est-il atteint des incapacités spéciales décrétées par l'article 3, de telle sorte qu'il n'en puisse plus être relevé pour le passé, mais seulement pour l'avenir?

21. — Appréciation du mérite des incapacités spéciales décrétées par l'article 3.

12 — L'état du condamné à une peine afflictive perpétuelle, telle que nous venons de l'exposer, d'après l'article 2, est le même, sauf la durée, que celui des condamnés à des peines afflictives temporaires.

Mais le législateur a pensé qu'il était nécessaire qu'il y eût, en ce qui concerne l'état civil du condamné, une autre différence encore que celle de la durée, entre les peines perpétuelles et les peines temporaires.

Déjà, cette pensée s'était révélée dans la loi du 8 juin 1850, dont l'article 3 porte que la déportation entraînera la dégradation civique, et que les déportés seront en état d'interdiction légale, *tant qu'une loi nouvelle n'aura pas statué sur les effets civils des peines perpétuelles*.

Tel est précisément l'objet de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, qui est ainsi conçu :

« Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne « peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit « par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir, « à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

« Tout testament, par lui fait antérieurement à sa « condamnation contradictoire devenue définitive, est « nul.

« Le présent article n'est applicable au condamné par « contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. »

13. — En rapprochant cet article du premier et surtout du troisième alinéa de l'article 25 du Code Napoléon, on reconnaît de suite qu'il en reproduit les dispositions presque textuellement.

Il est évident, en effet, que les diverses incapacités, décrétées par notre article 3, ont été empruntées par le nouveau législateur à l'ancienne organisation de la mort civile, dont elles sont encore aujourd'hui comme un vestige et un débris.

Cette origine en détermine déjà suffisamment le caractère.

C'est-à-dire que ce sont des incapacités, ou, si l'on veut, des indignités, qui enlèvent au condamné, non pas seulement l'*exercice*, mais encore la *jouissance* même des droits, auxquels elles s'appliquent; elles ne se bornent pas seulement à suspendre, à paralyser, dans sa personne, l'exercice de ces droits; elles font bien plus; elles anéantissent les droits eux-mêmes !

La preuve en résulte : soit de la généralité absolue du texte même; soit des travaux préparatoires, et particulièrement de cette déclaration, qui se trouve dans le rapport de M. Riché au Corps législatif, que les incapacités décrétées par l'article 3, *ont la permanence des déchéances, que comprend la dégradation civique* (Dev., 1854, III, *loc. supra cit.*).

D'où il suit qu'elles ne sont pas, comme l'interdiction légale, subordonnées à la durée de la peine matérielle, et qu'elles subsisteraient, au contraire, avec la dégradation civique, nonobstant la prescription de la peine, ou la grâce, qui aurait fait remise de la peine au condamné (comp. Bertauld, *Cours du Cod. pén.*, p. 245; Ortolan, *Eléments de droit pénal*, n° 1553; Mourlon, *Rép. écrit*, t. I, p. 131 et 132; Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, t. I, p. 22, Humbert, n° 437).

14. — Il est vrai que M. Riché lui-même, dans une autre partie de son rapport, a présenté, au contraire, les incapacités décrétées par l'article 3, comme de simples conséquences de l'interdiction légale décrétée par l'article 2.

« Le projet de loi, dit-il, était nécessaire pour trancher

« la question de savoir si l'homme interdit légalement « conserve le droit de disposer de ses biens. »

Et, après avoir rappelé les diverses théories, qui s'agitent, sur ce sujet, dans la jurisprudence et dans la doctrine, le rapporteur conclut ainsi :

« Il importait donc de ne pas laisser plus longtemps « cette question aux interprétations des jurisconsultes et « à la variété des arrêts. » (*Loc. supra.*)

Mais, outre la contradiction, que chacun peut apercevoir entre les deux passages précités du rapport, il est manifeste que l'honorable rapporteur se méprenait sur le véritable caractère des incapacités décrétées par l'article 3.

D'une part, en effet, jamais personne n'a prétendu sans doute que l'interdiction légale eût pour effet de priver le condamné de la capacité de recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament!

Or, l'article 3 lui enlève cette capacité;

Donc, cet article ne consacre pas, en ce point, une conséquence de l'interdiction légale.

Et d'autre part, il n'est pas moins certain que la nullité du testament antérieur à la condamnation n'a jamais été non plus considérée par personne comme une conséquence de cette interdiction elle-même; or, l'article 3 prononce la nullité du testament fait par le condamné antérieurement à sa condamnation devenue définitive !

Il faut donc reconnaître que la disposition de l'article 3 est tout à fait différente et indépendante de la disposition de l'article 2, et qu'elle crée, pour les condamnés à des peines afflictives perpétuelles, un ordre d'incapacités spéciales, dont le but est d'établir, en effet, pour ces condamnés, une organisation spéciale, et, pour ainsi dire, intermédiaire entre l'ancien régime de la mort civile et le régime des condamnations temporaires, qui n'était pas assez énergique pour les condamnations perpétuelles.

15. — Et de là résulte aussi une autre conséquence

fort importante; c'est que l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 ne saurait évidemment dès lors exercer aucune influence sur le sort des diverses théories, auxquelles l'interprétation de l'article 29 du Code pénal a donné lieu, en ce qui concerne les effets de l'interdiction légale (*supra*, n° 192).

La situation respective de ces diverses théories demeure donc toujours la même; car l'article 3 de notre loi n'implique spécialement ni l'adoption ni le rejet d'aucune d'entre elles (comp. Bertauld, *Quest. controv.*, n° 4, p. 35 et suiv.; et *Cours de Cod. pén.*, p. 253 et suiv.; Humbert, *Des conséquences des condam. pén.*, n° 454, et *Revue pratique de droit français*, 1857, p. 400; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 303; Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 20).

16. — Il n'est pas douteux que les donations de biens à venir par contrat de mariage, ou, comme on a coutume de les appeler en d'autres termes, que les institutions contractuelles sont comprises dans les termes du premier alinéa de l'article 3, lorsqu'elles ont été faites depuis la condamnation, soit par le condamné au profit d'un tiers, soit par un tiers au profit du condamné.

Mais en est-il de même, lorsqu'elles ont été faites avant la condamnation?

La négative nous paraît certaine :

S'agit-il, en effet, d'une institution contractuelle faite par un tiers au profit du condamné?

Le droit était acquis, avant la condamnation; sous une condition, il est vrai, mais sous une condition qui ne dépendait plus de la volonté ultérieure du disposant (art. 1083, 1089); or, il a été évidemment dans l'intention du législateur de 1854 de ne pas dépouiller le condamné de ses biens ni de ses droits acquis, ajoutons que cette donation antérieure et irrévocable ne saurait être non plus considérée ni comme une rémunération du crime, ni comme une protestation contre la condamnation, c'est-à-

dire que les motifs qui ont pu dicter au législateur cette incapacité, n'existent pas dans ce cas; donc, malgré l'apparente généralité du texte de l'article 3, qui défend au condamné de *recevoir* à titre gratuit, ce texte est inapplicable au cas où il *reçoit* par l'effet d'une institution contractuelle antérieurement faite.

S'agit-il d'une institution contractuelle faite par le condamné au profit d'un tiers?

A plus forte raison, doit-elle être maintenue; car, d'une part, le dernier alinéa de l'article 3 n'annule que le *testament* fait avant la condamnation; et, d'autre part, le premier alinéa du même article, qui défend au condamné de disposer par donation entre-vifs, n'annule pas les donations entre-vifs, qu'il aurait faites avant sa condamnation.

Cette double conclusion se trouve d'ailleurs confirmée par le rapport de M. Riché (*loc. sup.*), et par le discours de M. Rigaud, au Corps législatif, dans la séance du 2 mai 1854 (*Moniteur* du 4 mai 1854; *supra*, n° 201; comp. Demante, t. I, n° 49 *bis*, II; Hanin, *Des conséq. des condam. pén.*, n° 343; Humbert, n° 444; Bertauld, *Cours de Cod. pén.*, p. 255, 256, et *Quest. contr.*, p. 28, n° 2).

Seulement, il est clair que aujourd'hui l'institution contractuelle ne s'ouvrira plus, comme la succession, que par la mort naturelle du condamné (comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. VI, n° 387; Troplong, *Des Donat. et Test.*, t. IV, n° 2492).

17. — D'ailleurs, c'est dans les termes les plus généraux que l'article prononce, contre le condamné, l'incapacité soit de disposer, soit de recevoir par donation entre-vifs ou par testament.

Il en résulte, d'une part :

Qu'il ne peut, en effet, disposer, ni par donation entre-vifs, ni par testament, au profit de quelque personne que ce soit, ni de son conjoint, ni de ses enfants, entre les-

quels il ne pourrait pas, dès lors, faire non plus un partage d'ascendant (art. 1076; *voy.* le rapport de M. Riché);

Et, d'autre part, qu'il ne peut non plus recevoir ni par donation entre-vifs, ni par testament (si ce n'est pour cause d'aliments), de quelque personne que ce soit, ni de son conjoint, ni de ses enfants, ni de ses ascendants, qui ne peuvent pas non plus, dès lors, le comprendre dans un partage d'ascendants, du moins entre-vifs (art. 1076).

Sans nous associer aux critiques, dont ces diverses incapacités ont été l'objet (*infra*, n° 21), nous croyons toutefois qu'il est permis de regretter que le législateur n'ait pas fait, pour ce dernier cas, c'est-à-dire en ce qui concerne le partage d'ascendant, une exception à la règle, qui déclare le condamné incapable de recevoir par donation entre-vifs; nous croyons même qu'il y aurait eu beaucoup d'avantage à permettre à ses ascendants de lui faire d'avance sa part, à peu près comme l'article 761 autorise les père et mère naturels à faire ainsi d'avance la part de leur enfant; les considérations de toutes sortes, qui peuvent faire souhaiter d'écarter du partage un successeur condamné à une peine perpétuelle, ne sont certes pas moins graves que celles qui peuvent faire souhaiter d'en écarter un enfant naturel, et auxquelles le législateur a cru devoir donner satisfaction (comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. VI, nos 26, 105 et 113; Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 25).

18. — Les explications, qui précèdent, prouvent assez que l'honorable rapporteur de la loi du 31 mai 1854, a exprimé une proposition inexacte, lorsqu'il a dit que :

« En ce qui concerne l'établissement des enfants des condamnés pendant l'interdiction, le conseil de famille avisera, aux termes de l'article 511 du Code civil. »

Assurément, il eût été fort désirable que la loi fît aussi,

pour cette cause, une exception à la règle qui défend au condamné de disposer par donation entre vifs; car, l'incapacité, dans ce cas, fait rejaillir véritablement la peine sur les enfants du condamné! Aussi, avait-on proposé cette exception dans la Commission; et c'est précisément en s'expliquant sur cette proposition, que le rapporteur s'est exprimé comme on vient de le voir.

Mais, malheureusement, il est d'évidence que la loi, telle qu'elle a été faite, ne comporte, en aucune manière, cette exception :

1° En effet, lorsque les représentants de la tutelle règlent, aux termes de l'article 511, la dot et les conventions matrimoniales de l'enfant d'un interdit, ils ne font, en cela, qu'exercer, en son nom, un droit qui lui appartient, et qu'il pourrait exercer lui-même, sans son interdiction;

Or, celui qui a été condamné contradictoirement à une peine perpétuelle, ne peut plus, aux termes de l'article 3 de notre loi, disposer de ses biens par donation entre-vifs;

Donc, il est impossible que personne, en son nom, exerce un droit, qui ne lui appartient pas; donc, les représentants de la tutelle ne sauraient alors exercer la délégation, que leur confère l'article 511, pour les cas ordinaires.

2° Si le tuteur et le conseil de famille pouvaient *disposer* au nom du condamné, ils devraient pouvoir aussi *recevoir*, en son nom, les donations entre-vifs et les legs, qui lui seraient faits; car, l'article 3 ne le déclare pas plus incapable de recevoir qu'il ne le déclare incapable de disposer; cette double incapacité est évidemment la même dans sa personne;

Or nul, bien entendu, ne soutiendrait que le tuteur et le conseil de famille peuvent recevoir des dons ou des legs, au nom du condamné! (*Supra*, n° 13.)

3° Enfin, la solution contraire produirait une contra-

diction des plus choquantes ! nous avons vu, en effet, que le condamné, qui aurait obtenu sa grâce ou qui aurait prescrit la peine, ne serait plus interdit légalement et qu'il demeurerait néanmoins frappé des incapacités spéciales décrétées par notre article 3; il ne pourrait donc pas, dans cet état, disposer lui-même, au profit de ses enfants, même pour leur établissement par mariage; et comme il n'y a plus ni tuteur, ni conseil de famille, cette disposition serait certainement alors tout à fait impossible.

Or, ne serait-ce pas une inconséquence inouïe, que l'enfant du condamné ne pût être doté que pendant la durée de l'interdiction de son auteur, et qu'il cessât de pouvoir être doté précisément lorsque celui-ci aurait cessé d'être interdit !

Ce que l'on peut dire pour atténuer ce résultat si regrettable, c'est que le gouvernement a le pouvoir, aux termes de l'article 4, de relever le condamné, en tout ou en partie, de ces incapacités (comp. *infra*, n° 24; Duvergier, *Rec. de lois* 1854, p. 290; Valette, *Explic. somm. du liv. I*, p. 23; Humbert, n° 437).

19. — On a vu que, d'après le dernier alinéa de l'article 3, cet article *n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie.*

De là il résulte que si le contumax vient à mourir, ou s'il reparaît ou est arrêté, avant l'expiration des cinq ans, aucune des incapacités décrétées par notre texte, n'aura pu l'atteindre; et, par conséquent, les donations entre-vifs et les legs, qui auraient été faits à son profit, seront valables; de même que son propre testament devra être exécuté.

En un mot, nous appliquerons alors la même solution, que consacraient antérieurement les anciens articles 29 et 31 du Code Napoléon, dans une hypothèse semblable, à l'égard du condamné par contumace à une peine emportant la mort civile.

20. — Mais alors s'élève une question très-grave, à savoir : s'il faut appliquer aussi l'ancien article 30?

On se rappelle que, aux termes de cet article, lorsque le condamné par contumace à une peine emportant mort civile, ne se représentait ou n'était arrêté qu'après les cinq ans, fût-il absous par le nouveau jugement, il ne rentrait dans ses droits civils que pour l'avenir, et que le premier jugement conservait, pour le passé, les effets que la mort civile avait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'époque de l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de sa comparution en justice. C'est ce qui résultait aussi du second alinéa de l'article 476 du Code d'instruction criminelle.

Ces dispositions sont-elles aujourd'hui applicables au condamné par contumace à une peine afflictive perpétuelle, en ce qui concerne les incapacités spéciales décrétées par notre article 3?

On peut soutenir, avec beaucoup de force, l'affirmative :

L'article 3 de la loi nouvelle est, en effet, dira-t-on, un emprunt à l'ancienne organisation de la mort civile ; et on convient que, dans sa disposition finale, il se réfère aux articles 29 et 31 ;

Or, cette concession, qui est d'ailleurs inévitable, une fois faite, comment ne pas convenir aussi qu'il se réfère à l'article 30?

Autrement, la disposition finale de l'article 3 serait elle-même très-difficile à expliquer; car, si la comparution du contumax dans les vingt ans devait toujours, aux termes du premier alinéa de l'article 476 du Code d'instruction criminelle, anéantir rétroactivement les incapacités décrétées par l'article 3, on ne voit pas pourquoi le législateur aurait prononcé ce sursis de cinq ans, et quel motif il aurait eu de ne pas faire encourir ces incapacités spéciales, de même que la dégradation civique, à compter du jour de l'exécution par effigie (comp. Orto-

lan, *Élém. de dr. pén.*, n° 1894; Bertauld, *Cours de Cod. pén.*, p. 259, et *Quest. contr.*, p. 29 et suiv.).

Nous ne sommes pourtant pas convaincu par ces arguments.

La règle générale, règle de raison, de justice et d'humanité, c'est que, si le contumax se constitue prisonnier, ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par la prescription, le jugement rendu par contumace et les procédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter, sont anéantis de plein droit (art. 476, 1er alinéa du Cod. d'inst. crim.).

L'article 30 du Code Napoléon et le second alinéa de l'article 476 du Code d'instruction criminelle apportaient à cette règle, en ce qui concernait les condamnés par contumace à une peine emportant mort civile, une exception exorbitante, qui a toujours été considérée comme l'une des plus grandes énormités, parmi toutes celles que l'on reprochait à l'ancienne organisation de la mort civile! (*Supra*, n° 231.)

Et, pour admettre que le législateur nouveau aurait précisément consacré cette disposition-là, il faudrait, certes, que sa volonté se fût clairement manifestée!

Or, nous ne saurions reconnaître une manifestation suffisamment claire de cette volonté, dans les simples inductions auxquelles en est réduite l'opinion contraire, pour arriver à une conclusion, qui serait si profondément regrettable!

Ce ne sont, disons-nous, que de simples inductions, que l'on invoque; et ces inductions elles-mêmes ne nous paraissent, en aucune façon, commander le résultat, que l'on prétend en faire dériver.

Que porte, en effet, seulement le dernier alinéa de l'article 3?

Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie.

Voilà tout!

Qu'il résulte de là que, avant l'expiration des cinq ans, le contumax ne soit pas atteint par ces incapacités, cela est incontestable.

Mais en conclure que, lorsqu'il en est atteint, après l'expiration des cinq ans, il en est atteint irrévocablement, quoi qu'il arrive! c'est, à notre avis, ajouter à la loi une conséquence, qui n'y est pas renfermée; et de ce que la loi a conservé la disposition des anciens articles 29 et 31, qui étaient favorables au contumax, il ne s'ensuit pas qu'elle ait dû ni voulu conserver la disposition de l'ancien article 30, qui était, pour lui, d'une dureté si cruelle!

Mais alors, dit-on, à quoi bon ce sursis de cinq ans?

Nous répondons que c'est là une disposition, d'où résulte, en effet, une différence réelle entre la situation du contumax avant l'expiration des cinq ans et sa situation après l'expiration des cinq ans; disposition de faveur, et qu'il serait contre toutes les règles de retourner contre celui-là même qui en a été l'objet (comp. Demante, *Revue crit. de jurispr.*, 1857, t. I, p. 78, § 3; Humbert, n° 443; Valette, *Explic. somm. du liv.* I, 27).

21. — Tel est l'article 3 de la loi nouvelle.

Ce n'est pas sans discussions et sans résistances, que les incapacités spéciales, qu'il décrète, ont été admises par le Corps législatif.

Et, depuis la promulgation de la loi, des appréciations très-diverses ont été exprimées, dans la doctrine, sur le mérite de cette disposition.

Plusieurs jurisconsultes ont pensé que cette loi frappait encore trop fort, et qu'elle avait dépassé le but. N'est-il pas extraordinaire que le condamné, qui est apte à recueillir une succession quelconque, même d'un parent au douzième degré, ne soit pas capable de recevoir des libéralités, si ce n'est pour cause d'aliments, ni d'un étranger, auquel il aurait rendu de grands services, ni de ses proches parents, ni de son conjoint? Et si on sup-

pose que ce condamné n'est plus sous le coup de l'interdiction légale, parce qu'il aurait obtenu sa grâce ou qu'il aurait prescrit la peine, comment s'expliquer qu'il puisse contracter mariage et exercer la puissance paternelle (droits que ne lui enlèvent ni la dégradation civique ni aucun texte de la loi nouvelle), et qu'il ne puisse néanmoins ni faire des donations à son conjoint soit dans son contrat de mariage, soit pour le récompenser de son dévouement pendant le cours de leur union, ni reconnaître la bonne conduite de quelques-uns de ses enfants et réprimer les torts des autres par l'équitable distribution de la quotité disponible? Comment donc, dit enfin M. Valette, la loi s'en fie-t-elle à lui pour exercer la puissance maritale et paternelle, si elle le juge incapable de distribuer la récompense et le châtiment? (*Explic. som. du liv.* I, p 25; Humbert, nos 432 et suiv.)

Ces considérations sont graves sans doute; et, pourtant, nous ne voudrions pas nous associer aux critiques, qui en ont été déduites contre la loi nouvelle.

Il y a, il est vrai, deux conséquences de cet article 3, que nous regrettons, pour notre part, et que nous avons déjà signalées.

Nous regrettons :

1° Que le condamné, qui peut succéder, ne puisse pas recevoir à titre gratuit, sous la forme d'un partage d'ascendant, ou même plus généralement, par avancement d'hoirie, conformément à l'article 761 ;

2° Qu'il ne puisse pas disposer, à titre gratuit, pour l'établissement de ses enfants par mariage ou autrement (*supra*, nos 17 et 18; comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments,* t. VI, n° 30).

Mais, au delà, et en dehors de ces hypothèses, nous sommes, nous l'avouons, beaucoup moins touché des objections, qui ont été faites contre les incapacités décrétées par l'article 3 ; nous comprenons très-bien, au contraire, que le législateur ait prononcé, pour cause

d'indignité, ces déchéances contre l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle; et qu'il n'ait pas voulu ni que des libéralités, dont il serait l'objet, fussent la rémunération éhontée de son crime ou une audacieuse protestation contre l'arrêt de condamnation, ni que des libéralités faites par lui devinssent le prix scandaleux de quelque complicité, ou, dans tous les cas, qu'elles eussent le pouvoir d'intervertir l'ordre légal de la transmission des biens. « *Est-ce entre de telles mains que la loi doit abdiquer?* » a fort bien dit M. le rapporteur (Dev. 1854, *loc. cit.*).

Tout à l'heure, nous demandions si ce ne serait pas, pour la loi nouvelle, une grande épreuve que le spectacle d'un tel condamné reprenant, après la prescription de la peine, en même temps que sa liberté, la possession et la jouissance de sa fortune! (*Supra*, n° 7.)

Mais, certes, l'epreuve serait bien plus grande encore, si aucune trace ne restait, pour ainsi dire, dans son état civil, de cette condamnation, et s'il jouissait, sans aucune restriction, de toutes les prérogatives de la famille et de la propriété!

Nous approuvons donc que ces incapacités continuent de le frapper, comme la dégradation civique; et s'il est vrai, ce que nous ne voulons pas nier, qu'il résulte de là une situation étrange et mêlée peut-être de certaines contradictions, c'est une preuve de plus de l'extrême difficulté du problème, que le législateur avait à résoudre, lorsqu'il a entrepris d'abolir la mort civile, sans pourtant abolir la différence essentielle qu'il importait de maintenir entre les peines perpétuelles et les peines temporaires (comp. *supra*, n° 3).

§ III.

De la faculté, qui appartient au Gouvernement, de relever le condamné de tout ou partie des incapacités qu'il a encourues, et de lui accorder l'exercice, dans le lieu de l'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale.

SOMMAIRE.

22. — Exposition.
23. — Du caractère particulier du droit qui est accordé, par notre loi, au Gouvernement, de relever le condamné de tout ou partie des incapacités, qu'il encourt.
24. — Le Gouvernement peut relever le condamné de ces incapacités, en tout ou seulement en partie. — Exemples.
25. — De même, le Gouvernement peut accorder au condamné l'exercice des droits civils, ou de quelques uns seulement de ces droits, dans le lieu de l'exécution de la peine. — Mais les actes faits par le condamné ne peuvent engager les biens, qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus, à titre gratuit, depuis cette époque. — Explication.
26. — L'article 4 de la loi du 31 mai 1854 déroge tout à la fois à l'article 18 du Code pénal et à l'article 3 de la loi du 8 juin 1850 sur la déportation. — Exposition. — Observations.
27. — S'ensuit-il que le Gouvernement ne puisse pas rendre au condamné à une peine perpétuelle, avec le droit de disposer à titre gratuit, le droit de disposer à titre onéreux des biens, qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque?
28. — Les actes faits par le condamné, dans le lieu de l'exécution de la peine, engagent-ils les biens qu'il a acquis à titre onéreux, depuis sa condamnation, quelle que soit la situation de ces biens?
29. — Le testament, que le condamné avait fait, antérieurement à sa condamnation devenue définitive, doit-il être exécuté, dans le cas où il se trouverait, au moment de sa mort, capable de transmettre par testament?

22. — L'article 4 de la loi du 31 mai 1854 est conçu en ces termes :

« Le Gouvernement peut relever le condamné à une « peine afflictive perpétuelle, de tout ou partie des inca- « pacités prononcées par l'article précédent.

« Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu de l'exé- « cution de la peine, des droits civils ou de quelques-

« uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'in-
« terdiction légale.

« Les actes faits par le condamné, dans le lieu d'exé-
« cution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il
« possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont
« échus à titre gratuit depuis cette époque. »

Cette disposition était une conséquence nécessaire du nouveau mode d'exécution des peines perpétuelles; et il est facile de voir qu'elle se rattache à l'établissement, dans certaines possessions françaises, de colonies pénitentiaires, qu'elle a pour but de faciliter et de développer (*voy.* la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés).

On ne saurait d'ailleurs qu'y applaudir, puisqu'elle tend, en même temps, à encourager les condamnés au travail et à la soumission, et qu'elle permet aussi au Gouvernement d'atténuer ce que les incapacités décrétées par l'article 3, pourraient avoir, dans certaines applications, de rigoureux et de regrettable (*supra*, n° 21).

23. — Le droit que cet article 4 confère au Gouvernement, a un caractère spécial, qui le distingue tout à la fois de la grâce et de la réhabilitation, et qui le rend même, à ce point de vue, particulièrement digne de remarque.

Ce n'est point précisément le droit de grâce, du moins dans ses conditions ordinaires; et on sait, du reste, que c'est une question controversée de savoir si la grâce peut faire remise des incapacités, que la loi attache à certaines peines (*supra*, n° 235; Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 459 et suiv.; Humbert, n°s 412, 413).

C'est bien moins encore évidemment la réhabilitation, qui ne peut être obtenue qu'après la libération de la peine!

Et voilà pourquoi le législateur a dû confier au Gouvernement le droit de relever le condamné, pendant la

durée même de sa peine, de certaines incapacités, qui en sont le résultat.

24. — La loi ne pouvait que s'en remettre au Gouvernement, du soin d'apprécier les circonstances, la nature du crime, la position du condamné et de sa famille, etc., pour appliquer, avec plus ou moins d'étendue, cette faculté.

En conséquence, l'article 4, dans son premier alinéa, l'autorise à relever le condamné, soit en tout, soit seulement en partie, des incapacités prononcées par l'article 3; c'est ainsi qu'il peut lui rendre la capacité de disposer à titre gratuit, pour doter, par exemple, ses enfants, sans lui rendre la capacité de recevoir; ou bien que, *vice versa*, il peut lui rendre la capacité de recevoir à titre gratuit, pour qu'il soit compris, par exemple, dans un partage d'ascendant, sans lui rendre la capacité de disposer (*supra*, nos 17, 18 et 21).

25. — Pareillement, l'article 4 autorise le Gouvernement à accorder au condamné, *dans le lieu de l'exécution de la peine*, l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale.

Et, toutefois, cet article ajoute que les actes faits par le condamné *dans le lieu de l'exécution de la peine*, ne peuvent engager les biens, qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou *qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque*.

Ces derniers mots s'appliquent aux biens que le condamné aurait pu acquérir, soit par succession, soit par l'effet de donation entre-vifs, ou de legs, qui lui auraient été faits, dans le cas où le Gouvernement, conformément à l'article 4, l'aurait autorisé à les accepter.

Ainsi, dans le système de la loi, les biens que le condamné possédait avant sa condamnation, et ceux, qu'il a pu acquérir depuis autrement qu'à titre onéreux, sont réservés à sa famille, qui doit les recueillir dans sa suc-

cession, à moins que le condamné ne recouvre, avant de mourir, le droit d'en disposer, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit (*supra*, n° 17).

26. — L'article 4 de notre loi déroge tout à la fois soit à l'article 18 du Code pénal, soit à l'article 3 de la loi du 8 juin 1850, sur la déportation.

D'une part, en effet, l'article 18 du Code pénal ne portait pas ces mots : *dans le lieu de l'exécution de la peine*, qui se trouvaient, à la vérité, dans la rédaction de 1810, mais qui en avaient été effacés en 1832, à cause des difficultés considérables, qu'ils auraient pu soulever dans leur application à certains actes, tels que le mariage (*supra*, n° 213; et *infra*, n° 28 *de l'appendice*);

D'autre part, la loi du 8 juin 1850 avait déjà elle-même notablement modifié l'article 18 du Code pénal; car l'article 3 de cette loi portait que :

« *Hors le cas de déportation dans une enceinte fortifiée,* « *les condamnés auront l'exercice de droits civils dans le* « *lieu de la déportation ;*

« *Il pourra leur être remis, avec l'autorisation du Gouvernement, tout ou partie de leurs biens;* »

Et ce n'était que *sauf l'effet de cette remise*, que les actes par eux faits dans le lieu de déportation, ne pouvaient pas engager les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou qui leur étaient échus par succession ou donation.

Mais cette loi elle-même se trouve aussi notablement modifiée par notre loi du 31 mai 1854; car, d'après l'article 4 :

1° Les condamnés n'ont, même dans le lieu de l'exécution de la peine, l'exercice des droits civils ou de certains de ces droits, qu'autant que le Gouvernement le leur a accordé ;

2° La faculté que l'article 3 attribuait au Gouvernement de remettre aux condamnés *tout ou partie de leurs biens*, n'y est pas maintenue ; et la preuve que l'on n'a

pas voulu, en effet, la maintenir, se trouve dans l'historique de la rédaction de l'article 12 de la loi du 30 mai 1854, sur l'exécution de la peine des travaux forcés ; article, d'après lequel le Gouvernement pourra autoriser les condamnés *aux travaux forcés à temps* à jouir et disposer de tout ou partie de leurs biens ; or, le projet de loi, au contraire, appliquait cet article *aux condamnés aux travaux forcés,* sans distinguer si la condamnation était à temps ou à perpétuité ; et c'est après l'adoption de l'article 4 de loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile, que l'on a modifié l'article 12 de la loi du 30 mai sur l'exécution de la peine des travaux forcés, en restreignant la disposition de cet article *aux condamnés aux travaux forcés à temps* (comp. Duvergier, *Collect. des lois*, 1854, p. 278).

Nous croyons qu'il est permis de regretter cette sévérité de la loi nouvelle, et que le Gouvernement n'ait pas été autorisé à remettre au condamné à perpétuité comme au condamné à temps, quelque portion de ses biens. Le but du législateur, dans l'article 3 de la loi du 30 mai 1854, est tout à la fois de favoriser, s'il se peut, l'amélioration morale du condamné par le travail, et le développement de l'établissement colonial ; or, apparemment, il se propose aussi ce double but, en ce qui concerne les condamnés à perpétuité ; et alors, pourquoi se priver des moyens de l'atteindre, en refusant au Gouvernement le droit de remettre au condamné quelques ressources, qui lui permettent de se procurer du moins des outils ou des instruments de travail industriel ou agricole (comp. Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 29).

27. — Mais suit-il de là que le Gouvernement ne puisse pas rendre au condamné à une peine perpétuelle, avec le droit de disposer à titre gratuit, le droit de disposer à titre onéreux des biens, qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui seraient échus à titre gratuit depuis cette époque ?

MM. Aubry et Rau paraissent bien l'enseigner ainsi (sur Zachariæ, t. I, p. 319).

Mais cette doctrine de nos savants collègues est, à notre avis, tout à fait inadmissible.

En raison d'abord, et en principe, il serait véritablement inouï que celui qui pourrait disposer de certains biens à titre gratuit, fût dans l'impossibilité de disposer de ces mêmes biens à titre onéreux !

Et cette anomalie serait, dans notre sujet en particulier, tout à fait inexplicable ; car, du moment où la conservation de ces biens pour la famille du condamné n'est pas garantie par son incapacité d'en disposer à titre gratuit, par quel motif donc serait-il incapable d'en disposer à titre onéreux ? et comment pourrait-on comprendre qu'il lui fût défendu d'employer comme moyen utile de travail agricole ou industriel, ces mêmes valeurs, dont il pourrait disposer par donation entre-vifs !

Aussi, n'hésitons-nous pas à dire, au contraire, avec notre honorable collègue, M. Bertauld (*Quest. controv.*, p. 52), que, par cela seul que le condamné a été relevé de l'incapacité de disposer à titre gratuit, la conséquence en est, de plein droit, que les actes à titre onéreux, souscrits par lui dans le lieu de l'exécution de la peine, engagent les biens qu'il possédait avant sa condamnation ou qui lui sont échus depuis à titre gratuit.

La doctrine, que nous combattons, semblerait impliquer cette idée que la condamnation à une peine perpétuelle, enlève au condamné la capacité de disposer à titre onéreux ; or, aucun texte n'attache un tel effet à sa condamnation ; ce qui est vrai seulement, c'est que le condamné est privé, par son état d'interdiction légale de l'*exercice* de ce droit ; mais il en conserve la *jouissance ;* de telle sorte que, s'il arrive que l'interdiction légale vienne à cesser, par l'effet de la grâce ou de la prescription, aucun obstacle ne s'oppose plus à ce qu'il dispose

de ses biens à titre onéreux, et même aussi à titre gratuit, s'il a été relevé de l'incapacité spéciale, dont il est frappé à cet égard (comp. *supra*, n° 7 ; Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 28).

28. — Ce qu'il importe de remarquer, d'ailleurs, c'est que le troisième alinéa de notre article 4 ne limite l'effet des actes faits par le condamné, *dans le lieu de l'exécution de la peine*, qu'en ce qui concerne *les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque.*

Si donc le condamné a acquis des biens à titre onéreux, les actes faits par lui engagent indistinctement ces biens, quelque part qu'ils se trouvent, soit dans la colonie, soit même en France, comme dans le cas, par exemple, où le condamné, avec le produit de son travail, y aurait réalisé des valeurs quelconques.

Il est vrai que M. le rapporteur de la commission semblerait avoir exprimé, au contraire, l'idée que, quelle que fût leur origine, les biens situés en France seraient, en raison même de cette situation, affranchis de l'effet des actes faits par le condamné dans le lieu de l'exécution de sa peine.

« On comprend, dit-il, cette diversité du mode d'administration des biens des deux mondes ; il n'y a pas là une chose indivisible, comme l'idée de la mort et le lien du mariage. » (Dev., 1854, *loc. sup.*)

Mais, en comparant cette explication avec le texte même de la loi, on doit, nous le pensons, reconnaître que, malgré sa généralité, elle ne s'appliquait, dans la pensée du rapporteur lui-même, qu'aux biens que le condamné possédait avant sa condamnation ou qui lui sont échus depuis à titre gratuit, les seuls biens, en effet, qui, d'après le texte de la loi, se trouvent affranchis de l'effet de ses actes.

Ce qui pourrait être vrai seulement, c'est que les biens acquis par le condamné en France seraient placés sous

l'administration du tuteur, puisque, aux termes du second alinéa de l'article 4, ce n'est que *dans le lieu de l'exécution de la peine*, que le condamné aura pu obtenir l'exercice des droits civils ou de certains de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction ; et encore, sommes-nous de l'avis de M. Bertauld (*Quest. controv.*, p. 49), qui remarque que cette solution serait plus conforme à la lettre de la loi qu'à son esprit, et qu'il était vraisemblablement dans la pensée du législateur que tout ce qui est fruit du travail dans la colonie, fût affranchi des entraves de l'interdiction.

29. — Il est bien entendu que la restitution de la capacité, que le Gouvernement peut rendre au condamné, n'a d'effet que pour l'avenir, et qu'elle ne saurait changer la condition des actes, qui auraient été faits antérieurement, soit par le condamné, soit au profit du condamné.

Mais une question, toutefois, peut s'élever sur ce point, à savoir : si le testament, que le condamné avait fait avant sa condamnation contradictoire devenue définitive, et qui a été déclaré nul, aux termes de l'article 3, si, disons-nous, ce testament doit être exécuté, dans le cas où le condamné se trouverait, au moment de sa mort, capable de transmettre par testament?

L'affirmative est enseignée par M. Duvergier, qui pense que « cette nullité n'a lieu qu'autant que l'incapacité du testateur persiste jusqu'au moment où s'ouvre la succession. » (*Collection des lois*, 1854, p. 290, note 1.)

Et il faut convenir que cette doctrine semblerait juridique et raisonnable :

D'une part, en effet, en principe, il suffit que le testateur ait été capable au moment de la confection du testament et au moment de la mort; sa capacité, dans le temps intermédiaire, n'est pas exigée; *media tempora non nocent ;*

D'autre part, puisqu'il pourrait recueillir, en vertu

d'un testament fait à son profit, pourquoi ne pourrait-il pas transmettre lui-même par testament?

Et pourtant, cette solution nous paraît fort contestable, en présence du texte même de l'article 3 ; cet article, en effet, ne se borne pas à décréter, comme avait fait l'article 25 du Code Napoléon, que le condamné ne pourra pas disposer par testament; il fait bien plus! il déclare *nul* le testament antérieur à la condamnation, c'est-à-dire que cette manifestation de la volonté testamentaire du condamné est, dès ce moment, considérée comme non avenue.

Le législateur a-t-il bien exactement mesuré la portée et les conséquences de la formule qu'il adoptait? nous ne voudrions pas l'affirmer ; mais, ce qui est certain, c'est que la formule existe, et qu'elle prononce non pas l'incapacité du testateur, mais la nullité du testament; or, cette nullité une fois prononcée, nous ne croyons pas que le testament puisse revivre, sans une nouvelle manifestation de volonté dans les formes légales (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 277; Bertauld, *Quest. contr.*, p. 47).

§ IV.

Dispositions transitoires.

SOMMAIRE.

30. — Les effets de la mort civile cessent, pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis à des tiers.

31. — Les anciens condamnés n'étant rendus à la vie civile que pour l'avenir, il résulte de là une situation semblable à celle que faisait naître l'article 30 du Code Napoléon, qui ne restituait aussi la vie civile que pour l'avenir au condamné par contumace, qui ne s'était représenté qu'après les cinq ans, lors même qu'il avait été acquitté. — Conséquences.

32. — Suite.

33. — L'article 5 de notre loi n'a pas pour effet de faire revivre le mariage de l'ancien mort civilement avec son conjoint. — Conséquences.

30. — Nous avons reconnu qu'une loi nouvelle, qui adoucit ou qui supprime une peine, n'a pas pour effet d'anéantir les condamnations irrévocables, qui ont appliqué cette peine antérieurement à sa promulgation ; mais aussi nous avons ajouté qu'il appartenait au législateur de subvenir à ces situations (voy. *supra*, n° 65).

Le législateur de 1854 ne pouvait pas manquer à ce devoir d'humanité et de prévoyance sociale ; car, après avoir aboli la mort civile comme une institution barbare, il était véritablement impossible de laisser désormais aucun condamné sous le poids d'une semblable pénalité.

Tel est l'objet de l'article 5 de notre loi, dont voici les termes :

« Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir, à « l'égard des condamnés actuellement morts civilement, « sauf les droits acquis aux tiers.

« L'état de ces condamnés est régi par les dispositions, « qui précèdent. »

31. — On voit que cet article ne fait cesser, à l'égard des anciens condamnés, la mort civile que pour l'avenir, et sous la réserve des droits acquis aux tiers.

Ainsi l'exigeait le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2).

De là résulte une situation semblable à celle que faisait naître l'article 30 du Code Napoléon, qui ne restituait aussi la vie civile que pour l'avenir, au condamné par contumace, qui ne s'était représenté qu'après les cinq ans, lors même qu'il avait été acquitté.

Et, dès lors, il y a lieu de déduire de l'article 5 de la

loi nouvelle, les mêmes conséquences, que nous avions déduites de l'ancien article 30 (*supra*, nos 230 et suiv.).

32. — Ainsi, les biens du condamné, qui, par suite de l'ouverture de sa succession, avaient été transmis à ses héritiers, ne lui sont pas rendus.

Il en est de même de tous les autres droits auxquels sa mort civile aurait donné ouverture au profit d'un tiers : d'un droit d'usufruit, par exemple, qui se serait réuni à la propriété (art. 617); d'un droit de retour, qui se serait ouvert au profit du donateur (art. 951); d'une donation de biens à venir, qui se serait ouverte au profit du donataire, etc. (art. 1089).

A plus forte raison, les successions, les legs ou les autres droits quelconques, qu'il n'a pas pu recueillir, et dont, par suite de son incapacité, d'autres ont profité à sa place, sont-ils irrévocablement perdus pour lui.

33. — C'est par application du même principe, qu'il faut décider que notre article 5 ne saurait avoir pour effet de renouer, de faire revivre le mariage de l'ancien mort civilement avec son conjoint.

Aux termes des articles 25 et 227 du Code, le mariage avait été dissous par la mort civile; et, en conséquence, le conjoint du mort civilement était devenu libre; son état avait été changé, non pas pour un temps ni sous condition, mais pour toujours et absolument;

Or, une telle situation constitue évidemment un droit acquis;

Donc, ce nouvel état de l'époux ne saurait être modifié sans sa volonté.

Cet argument prouve qu'il n'y a pas à distinguer si le conjoint du mort civilement s'est remarié ou s'il ne s'est pas remarié, s'il a eu ou s'il n'a pas eu des enfants naturels par lui reconnus.

Ce n'est pas, en effet, la simple faculté de se remarier ou de ne pas se remarier, qui est résultée, pour lui, de la dissolution du mariage; c'est un changement d'état, avec

toutes les conséquences, qu'il comporte, et dès lors avec le droit de garder sa liberté dans le veuvage, s'il le préfère !

Rien ne s'oppose d'ailleurs non plus à ce qu'il puisse contracter un nouveau mariage, même depuis la loi du 31 mai 1854, qui a rendu son ancien époux à la vie civile pour l'avenir.

Et si nous ne parlons que du conjoint de l'ancien mort civilement, il n'en faut pas conclure que l'ancien mort civilement ne puisse pas lui-même contracter un nouveau mariage; tout au contraire! car le mariage ne peut pas être dissous pour l'un des époux et n'être pas dissous pour l'autre; et la faculté pour l'un d'eux de se remarier implique évidemment, pour l'autre, la même faculté!

Si rigoureuse que cette application de notre principe puisse paraître, et si respectables que soient, nous en convenons, les scrupules qu'elle a soulevés, nous n'avons, pour notre part, jamais hésité à la proposer comme la seule juridique.

C'est aussi ce qui a été reconnu dans les discussions préparatoires de la loi nouvelle; car le Corps législatif a rejeté un amendement, qui impliquait lui-même le maintien de la dissolution du mariage, puisqu'il ne tendait qu'à donner aux anciens époux la faculté de *réhabiliter* leur mariage, au moyen d'une simple déclaration devant l'officier de l'état civil; d'où il résulte qu'une nouvelle célébration dans les formes ordinaires, est indispensable, si les anciens époux veulent se réunir.

Et ce principe vient de recevoir une importante consécration par un arrêt de la Cour suprême, rendu après un remarquable rapport de M. le conseiller Chegaray et un savant réquisitoire de M. le procureur général Dupin (21 juin 1858, minist. publ., D., 1859, I, 265; comp. *supra*, nos 206 et 232; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 305; Humbert, *Des conséq. des condam. pén.*, no 444; Bertauld, *Cours de Cod. pén.*, p. 261-262).

34. — Mais, pour l'avenir, les anciens morts civilement sont placés sous le régime établi par la loi du 31 mai 1854.

C'est-à-dire qu'ils sont atteints par la dégradation civique, par l'interdiction légale, et par l'incapacité de recevoir et de disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament (art. 3 et 4).

Mais, d'ailleurs, ils peuvent désormais recueillir des successions, et transmettre, à ce titre, les biens qu'ils auraient acquis.

Et les liens de famille se renouent, de manière à produire, civilement, les mêmes droits et les mêmes obligations, que si la mort civile n'avait pas été encourue (comp. Humbert, *loc. supra*, n° 452).

35. — Nous venons de dire que les anciens morts civilement sont soumis, d'après la loi nouvelle, à la dégradation civique, à l'interdiction légale, et à l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit.

On pouvait sans doute appliquer ces trois pénalités de la loi nouvelle à ceux qui avaient encouru la mort civile et qui s'en trouvaient rachetés par cette même loi. Il n'y avait pas là de rétroactivité; ou, du moins, c'était de la rétroactivité humaine et bienfaisante !

Mais en était-il ainsi, à l'égard des condamnés antérieurs, qui n'avaient pas encouru la mort civile?

Pour comprendre cette question, il faut se rappeler que l'article 3 de la loi du 8 juin 1850, sur la déportation, avait disposé que, en aucun cas, la condamnation à la déportation n'emporterait la mort civile, et que tant qu'une loi nouvelle n'aurait pas statué sur les effets civils des peines perpétuelles, les déportés seraient seulement en état de dégradation civique et d'interdiction légale.

Cela étant, le législateur de 1854 pouvait-il, sans rétroactivité, ajouter l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, à la dégradation civique et à l'interdiction

légale, en ce qui concerne les individus condamnés à la déportation pour crimes commis dans l'intervalle de la loi du 8 juin 1850 à la loi du 31 mai 1854?

Peut-être aurait-on pu entreprendre de le soutenir ainsi, en vertu de cette réserve, que l'article 3 lui-même de la loi du 8 juin 1850 avait faite, d'une loi nouvelle, qui statuerait sur les effets civils des peines perpétuelles.

Mais le législateur de 1854 a considéré qu'il n'y en aurait pas moins une atteinte au grand et tutélaire principe de la non-rétroactivité des lois; et nous sommes convaincu qu'il a été bien inspiré!

En conséquence, il a décrété, à cet effet, l'article 6, qui est ainsi conçu :

« La présente loi n'est pas applicable aux condamna-
« tions à la déportation pour crimes commis antérieure-
« ment à sa promulgation. »

C'est-à-dire que les individus condamnés à la déportation, *avant* ou *depuis* la promulgation de la loi du 31 mai 1854 (peu importe!), pour crimes commis *depuis* la loi du 8 juin 1850 jusqu'à la loi du 31 mai 1854, sont seulement frappés de dégradation civique et d'interdiction légale, d'après la loi du 8 juin 1850, sous l'empire de laquelle le crime a été commis, et qu'ils ne sont pas frappés de l'incapacité spéciale de disposer et de recevoir à titre gratuit, qui n'a été décrétée que postérieurement à leur crime, par la loi du 21 mai 1854.

36. — Tel est très-certainement l'objet unique, bien déterminé et bien défini, de l'article 6, tel qu'il a été présenté, exposé et voté.

Par malheur, la rédaction elle-même de cet article est loin d'être en rapport avec l'objet qu'il se propose.

A s'en tenir, en effet, aux termes généraux et absolus dans lesquels il est rédigé, on arriverait à cette conclusion que tous les individus condamnés à la déportation antérieurement à la loi du 8 juin 1850, demeureraient sous le coup de la mort civile!

L'article 6 porte, en effet, que la présente loi n'est pas applicable aux condamnations *à la déportation pour crimes commis antérieurement à sa promulgation.*

Qu'elle ne soit pas applicable aux condamnations à la déportation pour crimes commis depuis la loi du 8 juin 1850, qui avait décidé que la condamnation à la déportation n'emportait plus la mort civile, cela est logique et équitable.

Mais qu'elle ne soit pas applicable aux condamnations à la déportation pour crimes commis antérieurement à la loi du 8 juin 1850, et sous l'empire de la loi, qui attachait la mort civile à la peine de la déportation, voilà ce qui serait inouï et inexplicable!

Cette doctrine, pourtant, a été présentée (comp. Humbert, n° 462; Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 30-31).

Mais les honorables jurisconsultes, qui la présentent bien à regret, parce qu'ils croient y être contraints par la généralité du texte, ajoutent eux-mêmes que cette doctrine *est absurde et contraire à ce qui a été expliqué au Corps législatif, et sur la portée générale de l'article* 5, *et sur l'intention bienfaisante, qui a dicté l'article* 6.

En voilà bien assez, suivant nous, pour ne pas faire à la généralité (très-regrettable, sans doute!) de l'article 6 une telle concession, qui mettrait la loi dans la plus manifeste contradiction avec elle-même, et qui aurait ce résultat, absurde, en effet, et intolérable, de réserver le bénéfice du retour à la vie civile aux anciens condamnés à mort ou aux travaux forcés à perpétuité, pour en exclure les anciens condamnés à la déportation!

Cela est impossible!

Et nous concluons, avec l'article 5, que les effets de la mort civile cessent, pour l'avenir, *à l'égard des condamnés actuellement morts civilement*, sans distinction ni exception! (Comp. Demante, *Rev. crit. de jurispr.*, 1857, p. 80; Ortolan, p. 315; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 304; Bertauld, *Quest. contr.*, p. 58.)

CHAPITRE III.

QUELLE EST LA CONDITION JURIDIQUE DES ÉTRANGERS EN FRANCE.

SOMMAIRE.

237. — Les étrangers ne jouissent pas des droits politiques.
238. — Quant aux droits civils ou privés, la condition des étrangers est différente, suivant qu'ils n'ont pas été ou qu'ils ont été autorisés par l'Empereur à établir leur domicile en France.

237. — C'est particulièrement sous le rapport du *droit privé,* que nous devons examiner ici ce sujet.

Qu'il nous suffise de dire que l'étranger ne jouit pas et ne pouvait jouir effectivement, en aucun cas, en France, des droits politiques, de ces droits qui consistent dans la participation des citoyens à l'exercice de la puissance publique (comp. *Études de droit international privé*, par M. Barrilliet, *Revue pratique de droit français*, 1863, t. XV, p. 514 et suiv.).

Il ne peut donc remplir aucune fonction publique;

Ni être juré, électeur (Paris, 3 mars 1828, Furnival, Sirey, 1828, II, 118);

Témoin dans les actes notariés, ni dans les testaments (art. 980);

Ni même exercer la profession d'avocat devant les tribunaux français (Pothier, *Des personnes*, part. I, tit. II, sect. II; Conseil de l'ordre des avocats de Grenoble, 6 février 1830, Dev., 1832, I, 96; Conseil de l'ordre des avocats de Marseille, 12 août 1840, Dev., 1840, II, 533; Aix, 15 mars 1866, Asniet, Dev., 1866, t. II, p. 171; comp. constitution du 14 janv. 1852, art. 20; décret du 2 février 1852, art. 12 et 26; loi du 1er janv. 1853, sur les conseils de prudhommes, art. 6; loi du 4 juin 1853, sur la composition du jury, art. 1).

Mentionnons aussi le droit qui appartient au gouver-

nement d'expulser, par mesure administrative (Cass., 9 sept. 1826, Muzzioli, D., 1827, I, 18), l'étranger de l'Empire, non seulement dans le cas de vagabondage déclaré par jugement (art. 272, Cod. pén.), mais toutes les fois qu'il le croit nécessaire et convenable (loi du 29 vendémiaire an VI, art. 7; loi du 21 avril 1832, art. 1er; loi du 3 déc. 1849, art. 7-9; Fœlix, p. 588).

238. — Quant aux droits civils ou privés, une distinction doit être faite entre les étrangers, qui n'ont pas été admis par l'Empereur à établir leur domicile en France, et les étrangers domiciliés en France, en vertu de l'autorisation de l'Empereur.

SECTION I.

DES ÉTRANGERS EN GÉNÉRAL, C'EST-A-DIRE DE CEUX QUI N'ONT PAS ÉTÉ ADMIS PAR L'EMPEREUR A ÉTABLIR LEUR DOMICILE EN FRANCE.

SOMMAIRE.

239. — Division.

N° 1. — *Quels sont, en général, les droits civils dont les étrangers jouissent en France.*

240. — Exposition. — La concession des droits civils pour l'étranger résulte : 1° des traités; 2° des lois françaises.
241. — Explication de l'article 11.
242. — La concession des droits civils par la loi française aux étrangers, est expresse ou tacite.
243. — La concession est tacite, lorsqu'elle dérive virtuellement, comme conséquence d'une faculté expressément concédée. — Exemples.
244. — Notions historiques sur la condition des étrangers en France. — Acception des mots *droit d'aubaine*.
245. — Un étranger peut-il adopter un Français? ou un Français adopter un étranger? — Un étranger peut-il être tuteur en France?
246. — Suite.
246 *bis*. — Les fabricants étrangers peuvent-ils se plaindre en France, de l'apposition de leurs marques de fabrique ou de leurs noms sur des produits commerciaux mis en vente par des Français?
246 *ter*. — Suite.

N° 2. — *Dans quels cas les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les contestations soit entre Français et étrangers, soit entre étrangers? — De la contrainte par corps contre les étrangers.*

247. — En général, les tribunaux français sont compétents entre Français et étrangers. — Division.

248. — L'étranger, même non résidant en France, peut être traduit devant les tribunaux français, pour les obligations par lui contractées envers un Français, soit en France, soit en pays étranger.
249. — *Quid*, si le Français était lui-même, lorsque l'obligation a été contractée, établi en pays étranger?
250. — L'article 14 est-il toujours applicable, de quelque manière que le Français soit devenu créancier de l'étranger?
251. — Le Français peut-il, après avoir traduit lui-même l'étranger devant les tribunaux étrangers, le traduire devant les tribunaux français ?
251 *bis*. — L'article 14 est-il applicable aux gouvernements étrangers?
251 *ter*. — Est-il applicable aux personnes morales comme aux personnes physiques?
252. — Devant quel tribunal devra être traduit, en matière personnelle, l'étranger non résidant en France?
253. — Le Français peut être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées, même en pays étranger, envers un étranger. — Deux garanties toutefois lui sont accordées contre le danger de la disparition possible de l'étranger.
254. — De la caution *judicatum solvi*. — Division.
255. — Par qui et à qui peut-elle être demandée?
256. — En quelles matières?
257. — Pour quelles causes?
258. — A quel moment?
259. — Divers cas dans lesquels l'étranger est dispensé de fournir la caution *judicatum solvi*. — La qualité de propriétaire d'immeubles en France suffit-elle? ou doit-il, en outre, concéder une hypothèque ?
260. — De la contrainte par corps contre les étrangers.
260 *bis*. — Un Français cessionnaire de la créance d'un étranger contre un autre étranger, peut-il exercer la contrainte par corps contre le débiteur cédé?
261. — Dans quels cas les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les contestations entre étrangers?

N° 3. — *Comment les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers publics étrangers, sont-ils exécutoires en France?*

262. — Dans quels cas les jugements rendus par les tribunaux étrangers sont-ils soumis à la condition requise par les articles 2123 du Code Napoléon et 546 du Code de procédure?
263. — En quoi consiste cette condition? s'agit-il d'un simple *visa* ou *pareatis*, ou d'une révision par le tribunal français?
264. — Quel est l'effet de la révision du jugement étranger par le tribunal français?
264 *bis*. — Comment les actes reçus par les officiers publics étrangers peuvent-ils devenir exécutoires en France?

239. — Quels sont, en général, les droits civils, dont les étrangers jouissent en France?

Dans quels cas les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les contestations, soit entre Français et étrangers, soit entre étrangers?

Dans quels cas l'étranger est-il contraignable par corps?

Enfin, comment les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers publics étrangers, sont-ils exécutoires en France?

Telles sont les questions, que nous allons successivement examiner.

N° 1. — *Quels sont, en général, les droits civils, dont les étrangers jouissent en France* [1] *?*

240. — Les théories sont, à cet égard, nombreuses et divergentes.

A. — L'opinion, la plus générale et la plus accréditée, distingue entre les facultés qui dérivent du droit naturel ou des gens, et les facultés qui ne dérivent que du droit civil (comp. Cass., 22 nov. 1825, Sander-Lotzbeck, D., 1826, I, 7; Cass., 7 juin 1826, de Canillac, D., 1825, I, 299; Richelot, t. I, p. 146; Troplong, *De la prescription*, t. I, n° 35; Coin-Delisle, art. 8, n° 1, art. 11, n° 5; *supra*, n° 208).

Les premières appartiendraient à l'étranger, indépendamment de toute concession spéciale; il en serait autrement des secondes; celles-ci, d'après Zachariæ (t. I, p. 163), sont *les droits qui, d'après les principes du droit philosophique, n'existent pas pour l'homme, qui vivrait dans un état extrasocial, et ne trouvent leur fondement que dans la législation positive.*

Cette théorie s'accorde d'ailleurs avec la définition du droit naturel donnée par le même auteur en ces termes : *Le droit naturel est celui qui règle les rapports des hommes dans l'état de nature* (t. I, p. 2).

1. Voyez pour le complément de ce sujet, tout ce que nous avons déjà dit des étrangers, en traitant *des lois de police et de sûreté, des lois réelles et personnelles* (*supra*, Titre préliminaire, chap. III, sect. II).

Je me suis souvent expliqué déjà sur ces catégories et sur ces classifications; je ne pense pas qu'elles soient ici plus exactes qu'ailleurs, ni qu'elles puissent fournir un moyen sûr et convenable de solution. Aussi, Zachariæ reconnaît-il que cette distinction ouvre un vaste champ à l'arbitraire, et qu'elle serait plus conforme aux idées du moyen âge qu'à celles de l'époque actuelle.

MM. Aubry et Rau enseignent, toutefois, encore cette doctrine (dans leur nouvelle édition, sur Zachariæ, t. I, p. 259 et suiv.); et MM. Massé et Vergé la professent également (sur Zachariæ, t. I, p. 77, note 7).

B. — Une autre théorie consiste à reconnaître aux étrangers tous les droits civils, excepté seulement ceux qui seraient accordés expressément aux Français, à l'exclusion des étrangers. M. Demangeat l'a présentée dans son *Histoire de la condition civile des étrangers en France* (n° 56, p. 248 et suiv.); et M. Valette, qui ne l'avait d'abord professée qu'avec une certaine hésitation, dans son *Traité des priviléges et hypothèques* (p. 270 et suiv.), vient de s'y rallier, au contraire, avec une grande fermeté, dans son *Explication sommaire du livre I du Code Napoléon* (*Correct. et addit.*, p. 407 et suiv.).

« Cette manière de régler la position civile des étran-
« gers, dit notre savant collègue, est en harmonie avec
« la réalité des faits historiques; car, chez tous les peu-
« ples de l'Europe chrétienne (en mettant de côté l'épo-
« que très-ancienne, où la législation était *personnelle*),
« on reconnaît facilement que le droit non politique
« (droit *privé*) a été, dans l'origine, appliqué à tous les
« individus, nationaux ou étrangers, sans distinction
« subtile sur l'origine de telle ou telle règle juridique. »

Le nouveau Code civil italien vient de consacrer cette théorie; l'article 3 porte, en effet, que « l'etranger est « admis à jouir de tous les droits civils accordés aux « nationaux » (comp. Th. Huc, *Le Code civil italien, et le Code Napoléon*, t. I, p. 25, n° 11; 2e édit., 1868).

Notre honorable collègue, M. Gide, enseigne dans une excellente étude que cette disposition est bien plus équitable et bien plus logique que notre Code Napoléon :

« Espérons, dit-il, que ce principe si longtemps mé-« connu, formera bientôt le droit commun des nations « civilisées : il se répand de plus en plus dans les di-« verses législations européennes; et à l'heure où j'écris « ces lignes, un nouveau projet de Code pour la Répu-« blique argentine vient de s'inaugurer dans le nouveau « continent. » (*De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie*, revue historique du droit français et étranger, v° XXVI, p. 72; ajout. Boissonade : *Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon*, revue pratique du droit français, 1868, 2 juillet août 1866; Alauzet, *Du statut personnel des étrangers résidant en France*, 1872, Cosse et Marchal, *supra* n° 98.)

Nous consentirions certes volontiers à nous associer à ce vœu.

Mais tel n'est pas ici notre rôle. Ce que nous avons à faire, à cette place, c'est d'interpréter le Code Napoléon, dans l'état actuel de ses dispositions.

C. — Or, en cet état, nous ne croyons pouvoir adopter ni l'une ni l'autre de ces théories; et nous pensons, au contraire, que les étrangers ne peuvent jouir des droits civils en France, qu'autant que ces droits leur sont concédés (comp. Gustave Rousset, *Analyse crit. du Code Napoléon*, p. 203, 1867).

Pourquoi nous refusons d'admettre le premier système avec sa distinction entre *les droits naturels*, et *les droits civils*, nous l'avons déjà exprimé plusieurs fois (*supra*, n[os] 7, 8, 208); et nous adhérons tout à fait, sous ce rapport, à l'opinion de M. Valette, lorsqu'il déclare « que « cette distinction, pleine de vague et d'incertitudes, est « une cause permanente d'embarras pour les juriscon-« sultes et pour les tribunaux. » (*Loc. supra cit.*)

Le second système est assurément bien plus net; et,

s'il nous fallait choisir entre les deux, nous n'hésiterions pas à l'adopter de préférence. Mais il nous paraît difficile de le fonder sur une base logique et juridique. Cette idée qu'il serait le seul conforme à la réalité des faits historiques, nous paraîtrait fort contestable; et ce n'est peut-être pas sans raison que la première théorie revendique au contraire, en sa faveur, l'autorité des anciennes traditions de notre jurisprudence française. Ce qui a été vrai, dans tous les temps, et ce qui fait, par suite, le fond, si l'on peut dire ainsi, de tous les systèmes qui s'agitent sur cette grande thèse, c'est que l'on a toujours reconnu que les étrangers, en France, devaient évidemment être admis à la participation, dans une mesure plus ou moins grande, et sous certaines restrictions, de nos droits civils ou privés. Mais dans quelle mesure, et sous quelles restrictions? voilà quel a toujours été aussi le problème; et nous doutons que les faits historiques en fournissent bien exactement la solution à aucun système.

En cet état donc, nous disons aujourd'hui, sous l'empire de notre Code, que, aux termes de l'article 8, tout Français jouira des droits civils; d'où il résulte que les droits civils français sont faits pour les Français; et que, en principe, en règle générale, l'étranger ne peut en réclamer la jouissance, à moins qu'elle ne lui ait été concédée (ajout. art. 11). Il ne faut pas craindre d'ailleurs que cette théorie soit étroite et exclusive; nous verrons, au contraire, qu'elle se montre très-large et très libérale; car, la concession, en vertu de laquelle les étrangers peuvent jouir des droits civils en France, peut être expresse ou tacite; et avec cette donnée, on arrive presque toujours à des conclusions satisfaisantes, ainsi que nous allons essayer de le démontrer.

Notons d'abord, avant tout, que la concession, qui est, à notre avis, nécessaire, peut dériver de deux causes:

1° Des traités faits par le gouvernement français avec la nation à laquelle l'étranger appartient;

2° Des lois françaises :

241. — 1° Et d'abord, des traités :

« L'étranger jouira, en France, des mêmes droits civils « que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par « les traités de la nation à laquelle cet étranger appar- « tiendra. » (Art. 11.)

Cet article paraît avoir eu principalement pour but de déroger au système de l'Assemblée constituante, d'après lequel les étrangers pouvaient succéder et recevoir à titre gratuit en France, même sans condition de réciprocité ; et les articles 726 et 912 en ont déduit effectivement ces deux importantes applications.

Aussi, voilà pourquoi la seconde opinion exposée plus haut (n° 240) soutient que le principe même de l'article 11 a disparu par l'effet de la loi du 14 juillet 1819, qui a abrogé les articles 726 et 912. Mais il n'en est pas ainsi ; l'article 11 a posé un principe général, dont les articles 726 et 912 étaient une application principale et importante assurément, mais non pas unique et exclusive; il n'a donc pas été abrogé par la loi du 14 juillet 1819; il est donc toujours en vigueur.

Remarquons que l'article 11 n'admet pas la réciprocité pure et simple, comme on l'avait d'abord proposé[1] ; il consacre seulement la *réciprocité diplomatique*.

Ainsi :

1° Lors même qu'un Français jouirait en pays étranger de tel ou tel droit, en vertu de la loi locale étrangère, il ne s'ensuivrait pas que l'étranger pût invoquer, par réciprocité, le même droit en France ; il ne pouvait pas, en effet, dépendre des gouvernements étrangers d'accorder à leurs nationaux des droits civils français.

2° Lors même que le Français ne jouirait pas d'un cer-

1. La rédaction de l'article 912 en a conservé la trace ; car, à s'en tenir aux termes de cet article seul, on ne devrait tenir compte que de la réciprocité pure et simple (mais voyez les articles 11 et 726).

tain droit, en pays étranger, il serait possible que ce droit appartînt à l'étranger en France, en vertu de la loi française, qui, par des considérations politiques, aurait cru devoir le concéder même sans condition de réciprocité; telle est la loi du 14 juillet 1819.

L'article 11 dispose donc uniquement que les mêmes droits civils, qui sont accordés, dans un pays étranger, aux Français, par un traité diplomatique, sont, par cela même, concédés, en France, aux étrangers appartenant à ce pays. Il consacre, dans cette limite seulement, l'effet tacite et virtuel de la réciprocité (comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 329).

242. — 2° Les droits civils peuvent être aussi concédés aux étrangers par les lois françaises; c'est en ce sens seulement qu'il faut entendre ces mots : *lois politiques*, qui se trouvent dans les articles 2123 et 2128.

Or, à cet égard, la concession peut être soit expresse, soit tacite :

Expresse.... c'est ainsi, par exemple, que l'article 3 du décret du 16 janvier 1808 permet aux étrangers d'acquérir des actions de la Banque de France; — que l'article 13 du décret du 11 avril 1810 leur permet d'obtenir des concessions de mines — et que le décret du 5 février de la même année (art. 40) leur reconnaît aussi le droit de *propriété littéraire* (ajout. le décret du 28 mars 1852). — C'est ainsi que la loi du 14 juillet 1819, dont nous allons parler, leur accorde le droit de succéder, de disposer et de recevoir, en France, de la même manière que les Français. — L'article 27 de la loi du 5 juillet 1844 porte également « que des étrangers pourront obtenir en « France, des brevets d'invention. » (Ajout. la loi du 28 mai 1853, art. 3, *sur la caisse des retraites ou rentes viagères pour la vieillesse;* — la loi du 13 juin 1857, art. 5 et 6, *sur les marques de fabrique; infra*, n° 246 *bis*; *voy.* aussi l'article 78 de la loi du 15 mars 1850, qui déter-

mine les conditions auxquelles les étrangers peuvent être admis à enseigner en France.)

243. — La concession peut être tacite, c'est-à-dire que la concession d'une faculté principale peut emporter, comme conséquence virtuelle, la concession des droits civils, qui sont les moyens d'exercice de cette faculté principale.

Ainsi, les articles 3, 14, 15 du Code Napoléon supposent et consacrent, au profit des étrangers, la faculté d'être propriétaires, même de biens immeubles en France, d'être créanciers ou débiteurs, d'après la loi civile française ;

Or, quelle est, logiquement, raisonnablement, la conséquence virtuelle et directe de cette faculté principale ?

C'est la concession de tous les droits civils, au moyen desquels la propriété des biens s'acquiert et se transmet, au moyen desquels les créances et les dettes se forment et s'éteignent ; comme aussi de tous les droits civils relatifs à la preuve des différentes causes, des différents événements par lesquels la propriété est acquise ou aliénée, par lesquels les créances sont contractées ou éteintes (art. 544, 902, 1123, 1316 ; comp. Cass., 1er juill. 1867, comm. d'Apremont, Dev., 1867, I, 275).

Je dis que cette conséquence est virtuelle et directe ; et la preuve en est dans l'article 25, qui, en reconnaissant au mort civilement la faculté d'avoir des biens, d'être propriétaire et créancier, avait cru nécessaire de lui refuser expressément quelques-uns des droits civils, par lesquels s'exerce et s'utilise cette faculté principale : comme le droit d'acquérir ou de transmettre par donation entre-vifs, par testament et par succession. La loi ne lui avait accordé nulle part le droit de vendre, d'acheter, de prêter, d'hypothéquer ; et cette concession particulière n'était pas, en effet, nécessaire, dès qu'elle lui reconnaissait la faculté principale d'être propriétaire,

créancier ou débiteur, faculté impossible et dérisoire, si elle n'avait pas accordé virtuellement les moyens de la pratiquer.

Une fois donc cette faculté reconnue, c'est par *exclusion*, et non plus par *concession*, qu'il faut procéder, en ce qui concerne les moyens de la mettre en œuvre.

MM. Aubry et Rau objectent à la théorie, que nous proposons, *qu'elle ne s'harmonise guère, soit avec les précédents historiques, soit avec les travaux préparatoires, et qu'elle laisse, en outre, un vaste champ ouvert à la controverse* (sur Zachariæ, t. I, p. 257).

Nous croyons qu'il serait difficile de trouver, dans les précédents historiques et dans les travaux préparatoires, la base certaine et solide d'un système sur la condition juridique des étrangers, d'après le Code Napoléon; il est vrai que l'on y voit quelquefois apparaître cette distinction, que nos honorables collègues ont adoptée, entre les *droits naturels* et les *droits civils;* mais il est remarquable qu'aucun texte du Code ne la consacre, ou plutôt même ne la rappelle; et il nous semble que, si une théorie peut ouvrir la carrière aux incertitudes et aux controverses, ce serait bien plutôt encore la théorie, qui prend pour programme une distinction aussi peu précise et d'une application aussi ardue, que celle qui prétend séparer le droit naturel d'avec le droit civil, sous une législation codifiée comme la nôtre!

Voilà précisément pourquoi nous avons entrepris de fonder aujourd'hui sur les articles mêmes de notre Code la doctrine qui doit régler la condition juridique des étrangers.

En conséquence, nous concluons que, aujourd'hui, en effet, d'après les textes de notre Code, interprété conformément aux règles de la logique, aux convenances internationales, et aux intérêts même de la société française; la faculté principale, qui est reconnue aux étrangers d'être propriétaires, créanciers et débiteurs, sup-

pose, en eux, la faculté d'invoquer tous les moyens d'acquisition et d'aliénation, d'obligation et de libération reconnus par la loi civile française, et qu'il faudra, dès lors, un texte spécial, une exclusion particulière pour leur refuser quelques-uns de ces droits.

Ainsi, je pense que les étrangers peuvent invoquer la prescription, soit à l'effet d'acquérir, soit à l'effet de se libérer (art. 711, 1234, 2219)[1]; et qu'ils auraient pu invoquer le bénéfice de cession de biens (art. 1268), si l'article 905 du Code de procédure ne les en avait pas spécialement privés. On comprend très-bien d'ailleurs cette disposition privative, puisque le bénéfice de cession de biens a pour but de soustraire le débiteur à la contrainte par corps, et que les étrangers, au contraire, y sont, en général, soumis, ainsi que nous le verrons, mais enfin cela était nécessaire à dire.

Je crois également que, si les articles 726 et 912 n'avaient pas existé dans le Code Napoléon, on aurait dû reconnaître aux étrangers le droit de succéder et de recevoir en France; et j'explique, par le même raisonnement, pourquoi le législateur du Code Napoléon, voulant les priver de ce droit, a été forcé de le faire par une disposition spéciale, et, en effet, *privative*.

Mais même, sous l'empire de ces articles, et avant la loi du 14 juillet 1819, j'aurais pensé que l'étranger aurait pu :

1° *Transmettre ab intestat*, puisque l'article 726 ne le déclarait incapable que de *succéder;*

2° *Disposer* par donation entre-vifs et par testament, puisque l'article 912 ne le déclarait incapable que de *recevoir;*

Et que ces deux articles constituaient des exceptions

1. L'opinion contraire, très-accréditée autrefois (Pothier, *de la Prescription*, n° 20), est de plus en plus abandonnée aujourd'hui (Troplong, *de la Prescription*, t. I, p. 5 et suiv.).

à sa capacité générale virtuellement et implicitement reconnue (art. 3, 14, 15, 902, 1123).

Zachariæ est, sur ce dernier point, d'un sentiment contraire (t. I, p. 186, § 78), parce qu'il considère *le droit de disposer à titre gratuit par donation entre vifs et par testament comme un droit civil,* dont l'étranger ne peut point avoir la participation. Ses judicieux annotateurs, MM Aubry et Rau, remarquent toutefois que cette opinion, en *ce qui concerne les donations entre-vifs,* serait susceptible de controverse; et Pothier faisait, effectivement, entre la donation entre-vifs et le testament, une différence fondée sur ce que *les donations entre-vifs sont,* dit-il, *du droit des gens,* tandis que *la faculté de tester, active et passive, est au contraire du droit civil* (*Des personnes*, part. I, tit. II, sect. II, n° 6).

Mais 1° quant à l'opinion absolue de Zachariæ, j'ai déjà répondu que le *droit civil de disposer* était virtuellement concédé à l'étranger comme conséquence de la faculté principale, qui lui est *civilement* reconnue d'être propriétaire et créancier;

2° Quant à la distinction proposée par MM. Aubry et Rau, d'après Pothier, d'une part elle ne reposait véritablement, en théorie, sur aucune base solide; et M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 172) a très-bien remarqué que l'ancienne jurisprudence l'avait mal à propos empruntée au droit romain, sous l'empire duquel le testament, avec ses formes solennelles et toutes romaines, ne pouvait être fait que par les citoyens; tandis que la donation entre-vifs, n'étant soumise à aucune forme spéciale, pouvait être faite par les étrangers; d'autre part, ces différences entre le droit des gens et le droit civil me paraissent de moins en moins conformes à nos lois et à nos mœurs actuelles; aussi, le Code Napoléon (art 912) se servait-il du mot générique *disposer,* et comprenait par conséquent dans les mêmes règles la donation entre-vifs et le testament. (Comp. *Revue pratique de droit français,* 1863,

t. XV, p. 540, 541, article précité de M. Barrilliet.)

Au reste, il ne peut plus il y avoir de difficulté, depuis la loi du 14 juill. 1819; ce n'est plus seulement par voie de conséquence et d'induction qu'on arrive à ces résultats; pour lever les doutes qui existaient, à cet égard, sous le Code Napoléon, cette loi a déclaré les étrangers capables de *disposer* et de recevoir, en France, de la même manière que les Français. (Comp. Cass. 24 juin 1878, l'État, Dev., 1878-I-429; et notre *Traité des Successions*, t. I n° 190 et suiv.).

244. — Nous ne devons donc plus aujourd'hui faire de différence, en ce qui concerne les étrangers, entre les manières d'acquérir et d'aliéner les biens.

Il n'en était pas ainsi autrefois; et on peut, à cet égard, distinguer, dans notre législation, quatre époques principales :

1° Dans l'ancien Droit, la condition des étrangers, *aubains* ou *épaves*, était très-dure. On appelait *aubains* (*alibi natus*) ceux dont on connaissait l'origine; *épaves*, ceux dont on ignorait la patrie; les uns et les autres, dit Pothier (*Des personnes*, part. I, tit. II, sect. II), étaient en quelque sorte regardés comme serfs, soumis à des redevances annuelles, ne pouvant, sous peine d'amende, se marier à d'autres qu'à des aubains, sans le consentement du seigneur, incapables de recueillir des successions, de disposer ou de recevoir par testament, etc.

Ce droit concernant les étrangers s'appelait *droit d'aubaine*, dans la signification la plus étendue de ces mots.

Mais, dans une acception plus restreinte, les mots *droit d'aubaine*, désignaient spécialement le droit en vertu duquel l'État s'emparait de la succession de l'étranger en France, au préjudice de ses parents même regnicoles, excepté toutefois ses enfants. Ce droit ne s'exerçait, dans certains cas, que partiellement et au moyen d'une sorte de prélèvement, de détraction; d'où il était connu sous le nom de *droit d'aubaine et de détraction*.

2° Dès avant 1789, la condition des étrangers s'était beaucoup améliorée; mais ils étaient toujours, d'une part, soumis à ce droit d'aubaine, qui attribuait leurs propres successions à l'État; et d'autre part, incapables eux-mêmes de recueillir les successions de leurs parents, qui étaient attribuées, à leur exclusion, aux autres parents français les plus proches du défunt.

Cette seconde époque est signalée surtout par ce double changement ;

D'une part, la loi des 6-18 août 1790 abolit le droit d'aubaine et de détraction ;

D'autre part, la loi des 8-15 avril 1791 (art. 3) rendit *les étrangers capables de recueillir en France les successions de leurs parents même français, de recevoir et de disposer par tous les moyens, qui seront autorisés par la loi.*

3° L'Assemblée constituante avait espéré que les autres peuples imiteraient son exemple, et aboliraient aussi, chez eux, le droit d'aubaine et les incapacités, qui frappaient les Français. Cet appel toutefois ne fut pas entendu; aussi, le Code Napoléon, qui forme la troisième époque, avait-il adopté le système de la réciprocité diplomatique (art. 11, 723, 912).

Mais j'ai déjà remarqué (*supra,* n° 243) qu'en rétablissant l'incapacité des étrangers de *succéder* en France, il n'avait pas, pour cela, rétabli le véritable *droit d'aubaine,* puisque, même d'après le Code Napoléon, la succession de l'étranger n'était plus attribuée à l'État, mais bien à ses parents français.

4° Enfin, est venue la loi du 14 juillet 1819, encore aujourd'hui en vigueur, qui abroge les articles 726 et 912, et rend les étrangers capables de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français, dans toute l'étendue de l'Empire.

C'est le système de l'Assemblée constituante, mais par des motifs tout différents.

Les lois de 1790 et 1791 étaient l'œuvre de l'enthou-

siasme et de l'exaltation des sentiments philanthropiques d'alors; la loi de 1819, déterminée plutôt par des considérations politiques, se proposait, dans l'intérêt national, d'exciter les étrangers à placer en France leurs capitaux et leur fortune.

2[illegible]. — Un étranger peut-il adopter un Français? — ou un Français adopter un étranger?

Un étranger peut-il être tuteur en France?

M. Valette (sur Proudhon, t. I, p, 177) paraîtrait porté à penser que la loi, admettant le mariage entre Français et étrangers (art. 12, 19), admet et reconnaît, par cela même, l'existence des rapports de paternité et de filiation, et des autres relations de famille entre les Français et les étrangers. D'où il semblerait naturel de conclure : 1° que l'adoption, qui crée ces rapports de paternité et de filiation, est permise, d'autant plus que les étrangers peuvent succéder en France, et que cet effet important de l'adoption (art. 350) peut aujourd'hui se réaliser entre un Français et un étranger; 2° que les relations de tutelle, qui dérivent des relations de famille, sont également possibles et autorisées; notre savant collègue est aujourd'hui beaucoup plus affirmatif, en ce qui concerne l'adoption (Comp. Cass. 16 févr. 1875, Du B..., Dev. 1875-I-193; et les *Observations* de M. Labbé, sur cet arrêt; *Revue pratique*, 1875, p. 561 et suiv. Article de M. Armand Desmasure. Valette, *Explic. somm. du liv. I* du Cod. Nap., p. 414; Demangeat, n° 80; Taulier, t. I, p. 4[illegible]7).

Ces motifs sont graves assurément; et les progrès toujours croissants des relations internationales et de la civilisation européenne y ajoutent, d'année en année, plus de poids.

Pourtant, il nous paraîtrait difficile d'en admettre la conclusion :

Et d'abord, remarquons que le mariage change toujours la nationalité de la femme; la femme étrangère devient Française par son mariage avec un Français (art. 12);

la femme française devient étrangère par son mariage avec un étranger (art. 19); de telle sorte que (sauf le cas exceptionnel où le mari se fait naturaliser en pays étranger depuis le mariage) le mari, la femme et les enfants sont le plus ordinairement, et presque toujours, ou tous étrangers, ou tous Français : or, il n'en serait pas ainsi de l'adoption, qui établirait, *a priori*, des rapports de paternité et de filiation entre un Français et un étranger.

En second lieu, la faculté, la possibilité du mariage entre Français et étrangers ne me semble pas emporter, comme conséquence, la possibilité de l'adoption; il n'y a, entre l'adoption et le mariage, aucun rapport nécessaire; et je conçois que dans cette *application*, dans cette *interprétation* de la loi, on tienne compte, en effet, de l'origine et des caractères si différents de ces deux institutions (*supra*, n° 8) pour appliquer, d'une manière plus restrictive, les lois concernant l'adoption, cette création plus directe et plus spéciale du législateur humain.

Enfin, Valette lui-même reconnaît que la tutelle officieuse ne serait pas possible entre un Français et un étranger (*loc. supra cit.*, note 1); or, la tutelle officieuse a été créée par les rédacteurs de notre Code précisément pour faciliter l'adoption, et, en quelque sorte, pour lui servir d'accès; nous convenons que cette institution n'a pas répondu à leur attente et qu'elle est infiniment rare; mais, enfin, elle n'en était pas moins, dans leur pensée, un moyen préparatoire de l'adoption; cela posé, ne serait-il pas illogique et bizarre que l'adoption fût permise aux étrangers, et que le moyen préparatoire de l'adoption elle-même leur fût défendu! (Cass., 5 août 1823, Sirey, 1823, I, 353; Cass., 22 nov. 1825, Sander-Lotzbeck, D., 1825, 1, 7; Cass., 7 juin 1826, Canillac, D., 1826, I, 299; Paris, 21 mars 1861, Gilbert, Dev., 1861, II, 209; Paris, 14 nov. 1864, le marquis de la Valette, *Gazette des Tribunaux* du 4 janv. 1865; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Adoption*, § 3; Grenier, *de l'Adoption*, n° 34 *bis*;

Duranton, t. III, nos 227 et 287; Soloman, p. 53-56; Coin-Delisle, art. 11, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 271; Massé et Vergé, t. I, p. 81.)

Je ne pense pas davantage qu'un étranger puisse être tuteur, ni membre d'un conseil de famille en France :

1° Aucune loi ne lui accorde expressément ce droit;

2° Il ne me semble pas que cette concession résulte nécessairement de ce que le mariage est possible entre Français et étrangers. Ce droit a un tel caractère qu'il aurait eu besoin d'être plus spécialement conféré.

En effet, la tutelle a toujours été considérée comme une sorte de fonction publique, *munus publicum* (*sup.* n° 237), qui intéresse la société toute entière, puisqu'elle a pour but la direction et le gouvernement des familles. Aussi, ne peut-elle pas être, en général, refusée sans excuse légitime (art. 427); les femmes, sauf de rares exceptions, en sont exclues (art. 442); d'autres incapacités sont encore prononcées (art. 443, 444, Cod. Nap., 34 et 42 Cod. pén.); la loi enfin confie la présidence du conseil de famille au juge de paix (art. 416), c'est-à-dire à un magistrat, dont la présence est, de plus en plus, exclusive du concours d'un étranger dans les opérations de la tutelle française (comp. Colmar, 25 juill. 1817, Hellmuth, Sirey, 1818, II, 250; Bastia, 5 juin 1838, Ersa, Dev., 1838, II, 439; Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle,* sect. III, p. 272; De Freminville, *de la Minorité*, t. I, nos 146-147; Soloman, *de la Condit. des étr. en France,* p. 52, 53; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 254, Valette, *Explic. somm. du liv. I*, p. 414).

246. — Il y a néanmoins une hypothèse dans laquelle cette solution peut être fort délicate; c'est celle prévue plus haut (n° 104), où le chef d'une famille française s'est fait, depuis la naissance, ou plutôt même depuis la conception de son enfant, naturaliser en pays étranger.

Nous avons pensé qu'il conservait la puissance maritale et la puissance paternelle, telles qu'elles sont organisées par la loi française.

Mais si sa femme vient à mourir, aura-t-il la tutelle de ses enfants mineurs? (Art. 390.)

L'affirmative paraîtrait naturelle et raisonnable; et, à première vue, on ne comprendrait pas pourquoi ce père étranger, qui gouvernait la personne et les biens de ses enfants pendant le mariage, perdrait l'administration de leur fortune par suite du décès de leur mère; on pourrait ajouter que la loi se montre, en général, très-disposée à laisser au père la tutelle de ses propres enfants (art 442, nº 1, Cod. Nap.; 34, nº 4, et 42, nº 6, Cod. pén.; comp. Paris, 21 mars 1862, de Rohan-Fenis, Dev., 1862, II, 411; Paris, 21 août 1879, Durin, *Le Droit* du 5 déc. 1879; *La France judiciaire*, 1879, p. 470 et suiv.)

Pourtant, cette décision serait, à mon avis, très-difficile à justifier en principe :

La tutelle, avons-nous dit, est une sorte de fonction publique; or, elle a toujours ce caractère, même dans la personne du père, tuteur légitime de ses enfants; comment donc, logiquement, faire une exception pour notre espèce? (*Voy* l'arrêt de 1818, *supra*, nº 245.) — Le père étranger conserve la puissance paternelle! il est vrai; mais il y a, entre la puissance paternelle et la tutelle, cette différence, que la première est un pouvoir essentiellement personnel à l'ascendant et qui ne s'exerce point par délégation; tandis que la tutelle est un mandat émanant plus directement de la loi, qui peut le confier à un autre qu'au père lui-même.

La dérogation aux principes est donc motivée, dans un cas, par une nécessité, qui ne se rencontre pas dans l'autre.

246 *bis*. — La Cour de cassation a rendu un arrêt, que je m'empresse d'autant plus de recueillir, qu'il consacre formellement la théorie, sur laquelle j'ai fondé les droits des étrangers en France.

La Cour suprême, cassant un arrêt de la Cour de Paris (30 novembre 1840, Guesnot, Dev., 1841, II, 85), a posé en principe :

« Qu'aux termes des articles 11 et 13, l'étranger non « admis à la jouissance des droits civils par autorisation « de l'Empereur, ne jouit, en France, que les droits ci- « vils accordés aux Français par les traités de la nation « à laquelle cet étranger appartient.... et qu'il n'y a d'ex- « ception à cette règle que dans les cas spécialement « prévus par une loi expresse.... » (14 août 1844, Gusnot, Dev., 1844, I, 756.)

Cette doctrine me paraît très-vraie; mais je ne saurais admettre, de tous points, l'application qui en a été faite à l'espèce importante de cet arrêt.

Il s'agissait de savoir si les fabricants étrangers peuvent s'opposer, en France, à l'apposition de leurs marques ou de leurs noms sur des produits commerciaux mis en vente par des Français.

Or, à cet égard, une distinction me paraît nécessaire :

Il y a une hypothèse, en effet, dans laquelle la négative ne me semble pas contestable; c'est lorsque le fabricant étranger ne réside pas en France et n'y a pas d'établissement commercial. Dans ce cas, et lorsqu'il n'existe pas, comme je le suppose, bien entendu, de traité entre la France et la nation à laquelle l'étranger appartient, dans ce cas, dis-je, je ne vois pas sur quel texte ni sur quel moyen légal on pourrait fonder l'action de l'étranger. Aussi, a-t-on jugé que les marques et même les noms des fabricants étrangers peuvent alors être apposés par les fabricants français sur leurs produits; et même que ce droit appartient indistinctement à tous, sans que le fabricant français, qui aurait le premier imité une marque étrangère, puisse s'opposer à l'imitation de cette marque par les autres (Paris, 26 mars 1822, Benoît, Sirey, 1823, II, 56); et je crois cette décision bien rendue, même sous ce dernier rapport, parce qu'en effet, les lois sur les marques de fabrique, dont je vais parler, me paraissent aussi ne protéger, comme le dit l'arrêt, que les *marques par-*

ticulières, personnelles à chaque fabricant, caractéristiques et distinctives de sa fabrication (comp. Paris, 5 juin 1867, N...., Dev., 1868, II, 137).

Mais en doit-il être encore ainsi, lorsque le fabricant étranger réside en France, ou lorsqu'il y a un établissement commercial, soit par lui-même, soit par un préposé?

L'affirmative résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, qui suppose très-explicitement qu'il faudrait que l'étranger, même dans cette dernière hypothèse, eût, en outre, été admis, par autorisation de l'Empereur, à la jouissance des droits civils en France, aux termes de l'article 13; et la même doctrine a été depuis, encore, consacrée par de nouveaux arrêts (comp. Cass., 12 juill. 1848, Guesnot, Dev., 1848, I, 417; Bordeaux, 20 juin 1853, Kirby, Dev., 1853, II, 774; Cass., 12 avril 1854, mêmes parties, Dev., 1855, I, 827; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 275).

Eh bien! il me semble, au contraire, qu'alors le fabricant étranger doit avoir le droit de s'opposer à l'apposition de ses marques ou de son nom sur d'autres produits que les siens; et je vais essayer d'établir que ce droit civil, en France, résulte tout à la fois, pour lui, d'une concession *expresse* et d'une concession *tacite* :

1° D'après l'article 3, les lois de police et de sûreté obligent et protégent aussi les étrangers (*supra*, n° 71);

Or, les lois qui défendent la contrefaçon des marques et l'usurpation des noms d'un fabricant, appartiennent à cet ordre de lois, et en ont effectivement tous les caractères;

Donc, elles sont applicables à l'étranger en France, soit contre lui, soit pour lui.

Je dis que ce sont là, dans le sens juridique de ce mot, des lois de police; la preuve en résulte de leurs termes mêmes, comme aussi de la pénalité, qu'elles prononcent : .... *De leurs termes*....; que dit l'arrêté du 23 ni-

vôse an XI? « Les fabricants de quincaillerie et de cou-
« tellerie *de la République* sont autorisés à frapper leurs
« ouvrages d'une marque particulière.... » — Et l'article 18 de la loi du 22 germinal an XI? « Nul ne pourra
« former action en contrefaçon de sa marque, s'il ne l'a
« préalablement fait connaître d'une manière légale, par
« le dépôt d'un modèle au greffe du tribunal de com-
« merce *d'où relève le chef-lieu de la manufacture ou de*
« *l'atelier*. » — Et l'article 1er du décret du 22 décembre 1812? « La forme des marques prescrites par notre dé-
« cret du 18 septembre 1811 continuera d'être employée
« dans toutes les fabriques de savon *de notre Empire*.... »
— Et enfin l'article 1er de la loi du 28 juillet 1824 :
« *Quiconque* aura, soit apposé, soit fait apparaître, par
« addition, retranchement, ou par une application quel-
« conque, sur des objets fabriqués, le nom d'un fabri-
« cant autre que celui qui en est l'auteur, ou la raison
« commerciale d'une fabrique autre que celle où lesdits
« objets auront été fabriqués, ou enfin le nom d'un lieu
« autre que celui de la fabrication, sera puni des peines
« portées en l'article 423 du Code pénal, sans préjudice
« des dommages-intérêts, s'il y a lieu. *Tout marchand,*
« *commissionnaire ou débitant quelconque* sera passible
« des effets de la poursuite, lorsqu'il aura sciemment
« exposé en vente ou mis en circulation les objets mar-
« qués de noms supposés ou altérés.... »

Ce sont là, dis-je, des lois de police, d'abord parce qu'elles ont pour but le bon ordre, la bonne foi des relations commerciales, l'intérêt des producteurs et aussi des consommateurs ; en second lieu, parce que leurs termes s'appliquent, en effet, à tout établissement *de la République... de l'Empire....* à toute *manufacture*, à tout *atelier*... qui se trouve dans le ressort d'un tribunal de commerce en France, enfin à *tout* marchand *quelconque;* en troisième lieu, parce qu'elles prononcent des peines; et que ce sont là les trois caractères distinctifs des lois

de police : lois de bon ordre, lois territoriales, lois répressives.

N'est-il pas vrai que l'étranger, qui, dans son pays, aurait pu contrefaire impunément les marques d'un fabricant français ou usurper son nom, ne le pourrait pas en France, sans encourir l'application de ces lois? oui certainement; eh bien! de même le Français, qui aurait pu usurper impunément les marques et le nom d'un fabricant étranger, qui n'avait pas d'établissement en France, ne le pourra plus, lorsque cet étranger aura en France un établissement commercial et aura rempli les formalités exigées par la loi du 22 germinal an XI. C'est que, dans ce dernier cas, les lois de police, dont l'empire est territorial et nullement personnel, seront devenues applicables à l'étranger, contre lui, mais aussi, par cela même, réciproquement, pour lui!

2° Sous un autre rapport, on peut dire que la concession de ce droit aux fabricants étrangers est encore tacite.

Les étrangers peuvent faire le commerce en France et y fonder des établissements. Cette faculté leur est si bien reconnue, que la jurisprudence a fini par décider que, même entre étrangers, la compétence commerciale des tribunaux français est absolue et nécessaire (*infra*, n° 261).

Or, le droit, pour le fabricant étranger, de s'opposer à l'apposition de ces marques ou de son nom sur des produits autres que les siens, ce droit est une conséquence naturelle, équitable et même nécessaire, de la faculté, que nos lois lui reconnaissent d'avoir, en France, un établissement de commerce ; une conséquence non moins nécessaire, que celle qui le soumet, dans tous les cas, comme demandeur ou comme défendeur à la juridiction française.

Comment! il serait permis d'usurper les marques et la raison sociale des fabricants étrangers, qui ont, en

France, un établissement, un comptoir, soit par eux-mêmes, soit par un préposé!

Mais alors on pourrait donc aussi leur prendre *leur enseigne*, cet autre signe commercial, que les tribunaux protégent si sévèrement et avec tant de raison! On pourrait ouvrir, à côté d'eux, un établissement, qui leur prendrait tout ce qui constitue l'individualité, la personnalité, leur raison sociale et jusqu'à leurs noms propres (comp. Cass., 7 janv. 1862, de Rohan-Fenis, Dev., 1862, I, 25).

Je ne puis pas le croire; et il me semble que, même indépendamment des lois précitées, on aurait pu, par ce second moyen, que je viens d'indiquer, prévenir de tels désordres; des désordres! oui; et voilà bien pourquoi des lois de police ont été faites pour les empêcher et pour les réprimer, envers et contre tous, sur le territoire français!

Tels sont mes motifs.

M. Massé, qui a combattu l'arrêt de la Cour de cassation (*Revue de législation*, t. XXI, p. 285), s'est principalement appuyé sur ce que les lois précitées ont voulu protéger non-seulement le fabricant, mais aussi le consommateur contre les fraudes, par lesquelles il aurait pu être trompé sur la véritable origine des produits mis en vente. Cette raison ne me paraît pas, toutefois, décisive; car, il en résulterait que, même dans le cas où le fabricant étranger n'a pas d'établissement en France, les fabricants français ne pourraient pas apposer ses marques et son nom sur leurs produits, puisque, dans ce cas aussi, les consommateurs n'en seraient pas moins trompés. La vérité est que les lois sur l'usurpation des marques et des noms des fabricants se proposent, principalement et avant tout, l'intérêt des fabricants eux-mêmes; et que si (ce qui est incontestable) elles profitent aussi aux consommateurs, ce n'est qu'indirectement, par voie de conséquence, et qu'autant qu'elles sont applicables aux fa-

bricants eux-mêmes; ce qui ramène dès lors, sans la résoudre, la question principale de savoir à quels fabricants ces lois s'appliquent (comp. Fœlix, *Droit intern. privé*, n° 607; Gouget et Merger, *Dictionnaire de dr. commerc.*, v° *Nom.*, n° 46; Hello, *Rev. de législ.*, 1845, t. II, p. 40; Ballot, *Rev. de droit franç. et étr.*, 1845, t. II, p. 561; ces auteurs ne paraissent pas même faire la distinction que nous avons proposée; Serrigny, *Droit public*, t. II, p. 252; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 82; Foucart, *Élém. de droit public*, t. I, n° 552; Valette, *Explicat. somm. du liv. I*, p. 415).

Tel était l'état de cette question, lorsqu'a été rendue la loi du 23 juin 1857, *sur les marques de fabrique et de commerce*, dont les articles 5 et 6 sont ainsi conçus :

Article 5. « Les étrangers, qui possèdent en France « des établissements d'industrie ou de commerce, jouis- « sent pour les produits de leurs établissements, du bé- « néfice de la présente loi, en remplissant les formalités « qu'elle prescrit. »

Art. 6. « Les étrangers et les Français, dont les établis- « sements sont situés hors de France, jouissent également « du bénéfice de la présente loi, pour les produits de ces « établissements, si, dans le pays où ils sont situés, des « conventions diplomatiques ont établi la réciprocité « pour les marques françaises.

« Dans ce cas, le dépôt des marques étrangères a lieu « au greffe du tribunal de commerce du département de « la Seine. »

Nous ne pouvons, pour notre part, qu'applaudir à ces dispositions, qui consacrent explicitement une distinction, que nous avions déjà proposée sous l'empire de nos lois antérieures, d'où elle résultait déjà suivant nous, quoique d'une façon implicite (*voy.* sur ce sujet, les *Annales de la propriété industrielle*, excellent recueil publié par nos honorables confrères, MM. Pataille et Huguet, 1855, p. 33, 1857, p. 278, 289 et 361).

246 *ter*. — C'est aussi par les motifs, que nous venons de présenter, qu'il nous serait difficile d'admettre la décision par laquelle la Cour de Bordeaux a jugé que les étrangers ne peuvent pas se prévaloir des dispositions du cahier des charges d'une compagnie de chemin de fer français, qui lui interdisent de faire des avantages particuliers à certaines entreprises de transports. (28 juill. 1863, chemin de fer du Midi, Dev., 1864, II, 17; et les *Observations* de l'arrétiste; *voy.* toutefois, Dalloz, 1865, II, 4.)

N° 2. — *Dans quels cas les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les contestations, soit entre Français et étrangers, soit entre étrangers? — Dans quels cas l'étranger est-il contraignable par corps?*

247. — En général, les tribunaux français sont compétents pour juger les contestations entre Français et étrangers. (Comp. *De la compétence des tribunaux français, à l'égard des étrangers*, par M. Bonfils, 1865.)

Il faut, toutefois, à cet égard, distinguer deux hypothèses :

1° Celle où le Français est demandeur et l'étranger défendeur ;

2° Celle où l'étranger est demandeur et le Français défendeur.

248. — 1° « L'étranger, même non résidant en « France, pourra être cité devant les tribunaux français, « pour l'exécution des obligations par lui contractées en « France avec un Français; il pourra être traduit devant « les tribunaux de France, pour les obligations par lui « contractées en pays étranger, envers des Français. » (Art. 14.)

En ce qui concerne les actions relatives à des immeubles situés en France, la faculté accordée au Français de traduire l'étranger devant les tribunaux français, n'est

que l'application des principes du droit commun, qui attribuent, dans ce cas, juridiction au juge du lieu de la situation (art. 3, Cod. Nap.; 59, Code de Proced.).

En matière personnelle, au contraire, la règle générale est que le défendeur doit être assigné devant le juge de son domicile (art. 59, Code de Proc.).... *Actor sequitur forum rei.*

Mais on a considéré :

1° Qu'il pourrait être parfois difficile aux Français d'obtenir justice contre un étranger, devant un tribunal étranger;

2° Que dans tous les cas, le jugement étranger qu'il obtiendrait, ne serait pas exécutoire en France (art. 2123, 2128, Code Nap.; 546, Code de Procéd.):

3° Enfin, qu'il y aurait ainsi réciprocité entre le Français et l'étranger (comp. art. 14 et 15).

Il faut néanmoins convenir que la compétence du tribunal français est alors moins facile à justifier logiquement, surtout lorsque c'est dans son propre pays que l'étranger s'est obligé envers le Français.

On conçoit bien que l'étranger, qui s'oblige en France envers un Français, soit présumé se soumettre ainsi à la juridiction française; mais cette présomption n'est plus possible, lorsque l'obligation a été contractée par l'étranger envers le Français en pays étranger. Aussi, le projet primitif portait que, dans ce dernier cas, l'étranger ne pourrait être traduit devant les juges français qu'autant qu'il serait trouvé en France; c'est même ce qui explique l'emploi de ces mots *cités* et *traduits*, qui ne représentent plus aucune différence, depuis la suppression de la distinction à laquelle ils se référaient ; et voilà pourquoi aussi notre article 14 exprime encore maintenant en deux phrases une disposition pour laquelle une seule phrase eût bien suffi, depuis le changement du projet.

Quoi qu'il en soit, la compétence des tribunaux français étant alors plus exceptionnelle et pouvant, dans

certains cas, paraître rigoureuse, a été aussi plus souvent contestée.

249. — La Cour de Paris, par exemple, a jugé que l'article 14 n'était point applicable, lorsque le Français envers lequel un étranger s'est obligé, était lui-même établi en pays étranger (Paris, 28 fév. 1814, Straulino, Sirey, 1814, II, 362; Paris, 20 mars 1834, D., 1834, II, 362).

Mais je pense, avec Duranton (t. I, p. 102), que le texte général et absolu de notre article ne saurait admettre cette distinction (Cass., 8 juill. 1840, Ricardo, Dev., 1840, I, 866; Cass., 26 janv. 1836, Bertin, Dev., 1837, I, 217; Cass., 2 août 1876, Deneve, Dev., 1877-I-97; comp. Fœlix, n° 161; Coin-Delisle, art. 14, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 313).

Pas plus qu'il ne permettrait de distinguer entre le cas où l'étranger, en contractant avec le Français, aurait ignoré sa nationalité, et le cas où il l'aurait connue. (Comp. Paris, 3 juin 1872, Mellerio, Dev., 1872, II, 293.)

250. — On a aussi demandé si l'article 15 serait toujours applicable, de quelque manière que le Français fût devenu créancier de l'étranger, par quasi-contrat, par délit ou par quasi-délit? ou encore par suite de la cession qu'un autre étranger lui aurait faite de sa créance contre l'étranger?

Et, d'abord, il est certain que l'article 14 ne doit pas être limité aux obligations résultant d'un contrat; ce mot : *contractées*, n'a pas ici une acception spéciale; la preuve en est dans l'article 15, où évidemment il comprend toutes les causes d'obligations, et aussi dans la raison, dans la nécessité même, puisque le Français envers lequel un étranger a commis un délit, n'en est que plus favorable encore, et qu'on ne saurait même lui objecter alors qu'il l'a choisi pour débiteur. Il n'y aura donc pas de difficulté vraiment sérieuse, toutes les fois que l'étranger se sera obligé lui-même et par son fait personnel envers le Français, de quelque manière que ce soit (Comp.

Montpellier, 12 juillet 1826, Travy, D., 1827, II, 140; Paris, 17 nov. 1834, Imbert, D., 1836, II, 47; Cass., 13 déc. 1842, Comp. du *Britannia*, D., 1843, I, 14; Demante, t. I, n° 29 *bis*, II).

Mais en sera-t-il de même, si le Français est devenu créancier de l'étranger, sans aucun fait personnel de la part de celui-ci?

Le Français, par exemple, a géré les affaires de l'étranger; il a acheté contre lui une créance d'un autre étranger; ou bien, il a été institué légataire, en vertu d'un testament fait en pays étranger, à la charge d'un étranger?

1° On pourrait soutenir qu'en aucun cas alors, l'article 14 ne sera applicable : d'une part, le texte suppose que l'obligation doit avoir été contractée *par l'étranger, et envers le Français;* d'autre part, l'étranger n'a dans ce cas, sous aucun rapport, consenti à être jugé par les tribunaux français.

2° On pourrait prétendre, au contraire, que l'article 14 est toujours et indistinctement applicable : d'une part, Duranton (t. I, p. 192), qui d'ailleurs ne s'explique pas sur ces différents points, fonde particulièrement la disposition de notre article sur le système de la réciprocité (art. 14 et 15) ; or, cette raison existe dans tous les cas, de quelque manière que le Français soit devenu créancier, par l'effet d'une cession, ou d'une transmission quelconque, héréditaire ou autre; d'autre part, ce droit, cette créance, appartiennent au Français; or, la loi française doit protection à tous ses droits, à tous ses biens; donc, elle doit lui permettre de traduire en justice son débiteur, quel qu'il soit, qui méconnaît l'obligation (comp. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 334, note *a;* Bodin, *Revue prat. de Dr. franc.*; 1858, t. V, p. 148 et suiv.; *voy.* aussi *infra*, n° 260).

3° Ces deux opinions me paraissent trop absolues; et je pense qu'il faut distinguer entre le cas où l'obligation

a pris directement et immédiatement naissance dans la personne du Français contre l'étranger, même sans le fait personnel de celui-ci, et le cas où le Français n'est devenu créancier que par suite de la cession que lui a faite un autre étranger.

Un Français a géré, même en pays étranger, les affaires d'un étranger.

Eh bien! cette gestion doit produire, entre eux, les mêmes rapports que ceux qui résulteraient d'un mandat (art. 1372, 1375); et il est vrai de dire alors que l'obligation a été contractée *par un étranger et envers un Français* (art. 14; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 313; *voy.*, toutefois, Domante, *loc. supra cit.*).

Mais, au contraire, le texte manque tout à fait, lorsque l'étranger s'est d'abord obligé envers un autre étranger, et que ce n'est que médiatement et indirectement que le Français est devenu créancier par l'effet d'une cession; d'un autre côté, la règle générale est que le cessionnaire n'a pas plus de droit que le cédant; et le Français ne peut pas se plaindre de ce qu'on lui refuse le droit d'actionner devant le tribunal français son débiteur, en vertu d'un titre qui ne conférait pas ce droit, et qu'il a ainsi volontairement accepté tel qu'il était (comp., toutefois, Cass. 5 nov. 1873, Glissenti, Dev., 1874-I-433; *Revue critique*, 1877, p. 609 et suiv., article de M. Testoud.)

Il en serait toutefois autrement, même dans ce dernier cas, s'il s'agissait d'un effet négociable souscrit d'abord par un étranger au profit d'un autre étranger; l'étranger souscripteur serait alors réputé avoir accepté d'avance toutes les cessions, tous les *endossements*, qui pourraient être faits même au profit d'un Français (comp. Paris, 29 nov. 1832, Cochrane; Douai, 12 janv. 1832, Blcqué, D., 1831, II, 53 et 55; Cass., 26 janv. 1833, Inglée, D., 1833, I, 54; Cass., 11 déc. 1847, Kuhn, Dev., 1848, II, 49; Cass., 18 mars 1850, Devèse, Dev., 1850, I, 254; *voy.* aussi Douai, 27 fév. 1828, Ranc., Dev., 1828 II,

181; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *étranger;* Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 85).

Conformément à la distinction qui précède, il a été décidé :

1° Que l'enfant naturel, né en France, qui prétend avoir pour mère une étrangère, peut porter son action en recherche de maternité devant les tribunaux français Cass., (19 juillet 1848, de G..., Dev., 1848, I, 529; Cass., 13 déc. 1865, De Brunswick, Dev., 1866, I, 157; *voy.* aussi *supra*, n° 163);

2° Que l'héritier ou l'associé français peut saisir les tribunaux français d'une demande contre ses cohéritiers ou associés étrangers, à fin de liquidation et de partage de la succession ou de la société, dans le cas même où la succession se serait ouverte en pays étranger, ou dans le cas où la société y aurait son siége (Cass., 8 juill. 1840, Ricardo, Dev., 1840, I, 66; Cass., 19 avril 1852, de La Roche-Aymon, Dev., 1852, I, 851; Paris, 11 déc. 1855, Guichard, Dev., 1856, II, 302; Cass., 21 juin 1865, Dev., 1865, II, 233; Cass., 27 avril 1868, Dev., 1868, I, 257; Cass., 12 novembre 1872, *the imperial Lond.*, Dev., 1873, I, 17; Fœlix, t. I, p. 336).

On objecte que, aux termes de l'article 59 du Code de Procédure :

« Le défendeur sera assigné,.... en matière de succes-« sion : 1° sur les demandes entre héritiers jusqu'au « partage inclusivement; et...., *devant le tribunal du « lieu où la succession est ouverte.* » (Comp. Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.*, note *a*.)

Mais, précisément, l'article 14 du Code Napoléon fait exception à la règle générale posée par l'article 59 du Code de Procédure, en matière de compétence. (Comp. *Revue pratique de Droit français*, 1872, p. 196 et suiv.; Bertauld, *Quest. pratiques*, n°s 127 et suiv.)

251. — Le Français peut-il, après avoir d'abord traduit lui-même l'étranger devant les tribunaux étran-

gers, le traduire devant les tribunaux français, soit après le jugement rendu soit pendant la durée de l'instance?

C'est encore là une question vivement débattue dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Pour l'affirmative, on a dit que le privilége accordé au Français par l'article 14, reposait principalement sur un motif de droit public, qui ne permet pas de reconnaître aux jugements étrangers la force exécutoire en France; d'où on a conclu que le Français n'y pouvait pas renoncer (art. 6 Cod. Nap.; art. 546, Cod. de Procéd.; Paris, 22 juin 1843, le prince de Capoue, Dev., 1843, II, 346; Zachariæ, t. I, p. 58; Boncenne, t. III, p. 224).

Il n'est pas douteux que le Français, par son fait, par son consentement, ne peut pas donner la force exécutoire aux jugements étrangers; mais il me semble que la question véritable n'est pas là.

Supposez, en effet, que l'étranger a été renvoyé de la demande et soutient seulement n'être pas débiteur du Français; il ne veut pas exécuter en France le jugement étranger, puisqu'il ne réclame rien!

Le Français pourra-t-il, dans cette situation, recommencer, en France, le procès qu'il a intenté lui-même et qu'il a perdu devant les tribunaux étrangers?

En règle générale, je ne le croirais pas :

D'une part, il s'agit d'un intérêt privé, auquel il a pu renoncer; n'aurait-il pas pu faire remise de sa créance? traiter, transiger? renoncer à poursuivre son débiteur en France? or, n'est-ce pas là ce qu'il a fait, en formant lui-même le contrat judiciaire devant le tribunal étranger? (Comp. Cass., 21 nov. 1860, Couillard; et 11 déc. 1860, Jenny, Dev., 1860, II, 331-335; Paris, 11 janv. 1865, Migout, Dev., 1866, II, 147; Chambéry, 1er déc. 1866, chemin de fer Victor-Emmanuel, Dev., 1867, II, 182; Cass., 28 févr. 1877, chemin de fer du Nord-Ouest d'Autriche, Dev., 1877-1-260.)

D'autre part, est-il équitable que le Français puisse

traîner l'étranger de tribunaux en tribunaux, et qu'après avoir épuisé peut-être tous les degrés de la juridiction étrangère, il lui soit encore permis de recommencer le procès en France, comme s'il n'avait rien fait ! (comp. Cass., 15 nov. 1827, Delamme, D., 1828, I, 23; Cass., 14 fév. 1837, Cabanon, Dev., 1837, I, 251).

On voit, par ces motifs, que cette difficulté dépend, suivant moi, d'une appréciation de faits et de circonstances.

Le Français a-t-il, dans l'espèce, renoncé au privilége de l'article 14 ? telle est la question.

Je conçois donc comment la Cour de Rouen a pu juger que le Français, qui n'avait assigné l'étranger devant les tribunaux étrangers, que parce qu'il ne possédait aucune valeur en France, n'avait pas exercé une option, mais subi une nécessité, et qu'il était dès lors recevable à l'assigner ensuite en France (Rouen, 19 juillet 1842, Lederer, Dev., 1842, II, 289; comp. aussi Cass., 24 fév. 1846, Bonneau, Dev., 1846, I, 474; Cass., 27 déc. 1852, Todesco, Dev., 1853, I, 94; Cass., 23 mars 1859, de Mécuss, Dev. 1859, II, 289 et les judicieuses observations de M. G. Massé, sur cet arrêt; Rouen, 9 février 1859, Jenny, Dev., 1860, II, 25; Cass., 21 nov. 1860, Couillard-Fautrel; et 11 déc. 1860, Jenny, Dev., 1861, I, 331-337; Lyon, 1 juin 1872, Fermo-Conti, Dev., 1872, II, 174; Merlin, *Répert.*, v° *Jugem.*, § 14, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 315; Demante, t. I, n° 26 *bis*).

Au reste je n'applique cette solution qu'aux actions véritablement litigieuses.

Lorsqu'il ne s'agit, au contraire, que de mesures conservatoires, ou de moyens d'exécution d'un titre d'ailleurs certain, je pense que le Français a le droit d'agir simultanément en pays étranger et en France, puisque son titre ne peut être déclaré exécutoire sur les biens situés dans chaque pays que suivant les formes et par les autorités établies, dans l'un et dans

l'autre État (art. 2123, 2128, Cod. Nap.; 546 et 554, Cod. de Procéd.).

251 *bis*. — C'est une question délicate que celle de savoir si l'article 14 est applicable aux gouvernements étrangers, ou, en d'autres termes, si un gouvernement étranger peut être traduit devant les tribunaux français pour l'exécution d'obligations contractées envers un Français.

L'affirmative, qui comptait beaucoup de partisans dans l'ancien Droit, a été aussi défendue sous l'empire du Droit nouveau (comp. Legat, *Cod. des étr.*, p. 306, 307; Demangeat, *Rev. prat. de dr. franç.*, 1856, t. I, p. 394 et suiv.).

La jurisprudence la plus récente admet toutefois la doctrine contraire; et nous croyons, en effet, que l'on est fondé à dire, avec la Cour de cassation, que le Français, qui contracte avec un gouvernement « étranger, « se soumet aux lois, au mode de comptabilité, et à la « juridiction administrative ou judiciaire de ce gouver- « nement » (22 janv. 1849, Le gouv. espagnol, Dev., 1849, I, 81; ajout. Paris, 12 janv. 1856, *Gazette des tribunaux* du 13 janv. 1856; Devilleneuve, Observ. *loc. supra;* Paris, 23 août 1870, Masset., Dev., 1871, II, 6; *voy.* toutefois. Tribunal civil de la Seine, 24 nov. 1871, Lemaître, Dev., 1871, II, 225; Paris, 15 mars 1872, héritiers de l'Empereur Maximilien, Dev., 1872, II, 68; et les *Observations* sur cet arrêt, dans le *Bulletin de la Jurisprudence internationale*, 1872, p. 1 et suiv.); Zachariæ; Aubry et Rau, t. VI, p. 315).

251 *ter*. — Ce qui nous paraît, au contraire, résulter certainement de la généralité des termes de l'article 14, c'est qu'il est applicable aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques, et, par conséquent, aux sociétés comme aux individus (comp. Cass., 19 mai 1863, Procur. génér. à la Cour de cass., Dev., 1863, I, 353; Bordeaux, 8 juill. 1863,

Picquot, Dev., 1863, II, 268; Cass., 14 nov. 1864, Tıône, Dev , 1865, I, 135; Lyon-Caen, *de la Condition légale des sociétés étrangères en France,* p. 55 et suiv., 1870, Cotillon).

252. — Devant quel tribunal devra être traduit l'étranger défendeur en matière personnelle?

S'il réside en France, devant le tribunal de sa résidence (art. 59, Cod. de procéd.; Cass., 2 juillet 1822, Berembrock, Sirey, 1822, I, 184).

Dans le cas contraire, et en l'absence de textes, il serait naturel, si l'obligation a été contractée en France, de l'assigner devant le juge du lieu où elle a été contractée (art. 420, Cod. de procéd.); et si l'obligation a été contractée en pays étranger, de l'assigner devant le juge du domicile du Français demandeur, ou même devant un juge quelconque de France, compétent sous le rapport juridictionnel, pourvu toutefois qu'on ne reconnût pas, dans le choix qui serait fait du tribunal, peut-être le plus éloigné, l'intention de nuire à l'étranger, et de lui causer le plus de difficultés et de dépenses possible! (Comp. Cass., 9 mars 1863, Formann, Dev., 1863, I, 225; Colmar, 30 avril 1863, Wencker, Dev., 1863, II, 125.)

253. — 2° Supposons maintenant l'étranger demandeur.

« Un Français pourra être traduit devant un tribunal « de France pour des obligations par lui contractées en « pays étranger, même avec un étranger. » (Art. 15.)

Cette faculté accordée à l'étranger, de traduire, dans tous les cas, le Français devant les tribunaux de France, est ici conforme aux principes généraux du droit; et on conçoit d'ailleurs que le Français ne saurait se plaindre d'être assigné devant ses juges naturels.

Aussi, l'article 15 est-il applicable au Français, qui n'a acquis cette qualité que par la naturalisation aussi bien qu'au Français d'origine;

Et sans qu'il y ait à distinguer, dans le premier cas, si l'obligation est antérieure à la naturalisation ou si elle est postérieure. (Comp. Cass., 16 janv. 1867, Maymoud-Ben-Ayad, Dev., 1867, I, 159.)

Toutefois, il existe un danger dans les relations des Français avec les étrangers en France; c'est que ceux-ci peuvent disparaître et retourner dans leur pays, en laissant ainsi le Français dans l'impossibilité de recouvrer contre eux ce qu'ils lui doivent.

De là, deux garanties en faveur du Français :

1° La faculté de demander la caution appelée *judicatum solvi;*

2° La faculté d'exercer la contrainte par corps (mais voy. *infra*, n° 259).

Nous allons parler successivement de l'une et de l'autre.

254. — D'abord il pouvait être à craindre qu'un étranger ne suscitât un procès mal fondé à un Français, et ne l'entraînât dans des frais que la disparition de l'étranger ne lui permettrait pas de recouvrer contre lui.

L'article 16 a pour but de protéger le Français contre ce danger :

« En toutes matières, autres que celles de commerce, « l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner « caution pour le payement des frais et dommages-« intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne pos-« sède en France des immeubles suffisants pour assu-« rer ce payement. » (Joig. art. 166, 167, 423, Cod. de Procéd.)

Par qui, et à qui? — En quelles matières? — Pour quelles causes cette caution doit-elle être fournie? — A quel moment doit-elle être demandée? — Dans quels cas enfin l'étranger en est-il dispensé?

Quelques explications doivent être fournies sur ces différents points.

255. — *Par qui?*

Par l'étranger demandeur, principal ou intervenant. L'étranger défendeur n'y est donc pas soumis; il n'était pas juste de gêner, par cette entrave, le droit toujours sacré de la défense.

L'étranger défendeur en première instance, et qui porte l'appel du jugement qui l'a condamné, n'est pas tenu de la fournir; l'appel est une suite, une continuation de sa défense; mais il en serait autrement des voies extraordinaires de recours, telles que la requête civile ou le pourvoi en cassation; car le procès étant alors terminé d'après les voies ordinaires, ce sont là véritablement des demandes nouvelles. (Comp. Paris, 31 janv. 1835, Miniussir, D., 1837, II, 125.)

Pareillement, l'étranger ne doit pas la caution, lorsqu'il poursuit seulement l'exécution d'un titre *paré;* il ne forme point alors de demande; il exerce un titre exécutoire par sa propre force (art. 545, 547, Cod. de Procéd.; Bordeaux, 3 fév. 1835, Kellinghusen, D., 1835, II, 74).

De même aussi, nous pensons qu'il faut considérer comme défendeur, l'étranger qui forme une demande reconventionnelle, ou qui demande la nullité d'une saisie ou d'un emprisonnement (comp. en sens divers, Paris, 20 oct. 1831, Dev., 1831, II, 327, Paris, 24 fév. 1849, Pouillat, Dev., 1849, II, 306; Merlin, *Répert.*, v° *Caution judicatum solvi*, § 1, n° 3; Fœlix, *Dr. intern.*, n° 165; Boncenne, *Théorie de la procéd.*, t. III, p. 677; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 306).

Il serait toutefois difficile de ne pas considérer comme demandeur, tenu à fournir la caution, l'étranger qui formerait une demande principale en revendication d'objets saisis. (Comp. Paris, 3 mai 1854, Spencer, Dev., 1854, II, 400; Nancy, 9 mars 1872, Damanet, Dev., 1872, II, 20).

Tout étranger, d'ailleurs, est tenu de fournir cette caution, quels que soient sa qualité et ses titres, simple

particulier, ambassadeur ou même souverain. (Comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Caution jud. solvi*, § 1, n° 3; Boncenne, *loc. supra cit.*, p. 173; Boitard, *Leçons de procéd.*, t. II, p. 8; Demante, t. I, n° 30 *bis*, III);

Et lors même qu'il aurait été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire; ce qui ne saurait priver le Français de la garantie, que la loi lui accorde (comp. Trib. civ. de Soissons, Libbrechet, Dev., 1861, II, 633).

Quant au Français, qu'il ne doive pas être tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, cela est incontestable (comp. Limoges, 14 août 1846, Megnieux, Dev., 1847, II, 346; Loysel, *Inst. cout.*, liv. VI, titre III, règle 2, n° 858, édit. Dupin et Laboulaye; Boncenne, *Théorie de la Procéd.*, t. III, p. 174; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 306).

A qui?

Au Français défendeur, sans nul doute.

Mais un étranger, assigné par un autre étranger en France, peut-il aussi exiger la caution *judicatum solvi ?*

Pour l'affirmative, on a dit : D'une part, le texte des articles 16 du Code Napoléon et 166 du Code de Procédure, est général; il s'applique à tous étrangers demandeurs; d'autre part, les motifs sont les mêmes. Quel moyen l'étranger aura-t-il de recouvrer les frais et les dommages-intérêts résultant d'un mauvais procès, qu'un autre étranger lui aura suscité, si celui-ci peut se soustraire à la condamnation en quittant la France, surtout dans le cas où les deux étrangers n'appartiennent pas à la même nation! Aussi, dans l'ancien Droit, l'étranger défendeur pouvait exiger la caution de l'étranger demandeur; et il est très-vraisemblable que le Code Napoléon a voulu, sur ce point, reproduire les anciens principes (comp. Paris, 28 mars 1832, Dev., 1832, II, 288, Paris, 30 juillet 1834, le duc de Cambridge, D., 1835, II, 35; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Caution jud. solvi;* Zachariæ, t. I, p. 166; Boncenne, *Procéd. civ.*, t. III,

p. 165; Valette sur Proudhon, t. I, p. 157; Demangeat, *Condit. civ. des étr.*, p. 400; Coin-Delisle, art. 16, n° 3; Demante, t. I, n° 30 *bis*, II).

Je préfère néanmoins le sentiment contraire, non-seulement lorsque l'étranger défendeur pourrait opposer l'incompétence des tribunaux français (auquel cas, la négative n'a pas d'inconvénient, puisque s'il plaide avec un autre étranger en France, c'est qu'il le veut bien), mais même lorsque l'étranger est obligé de reconnaître la compétence du tribunal français.

Et d'abord, quant au texte, remarquons la relation, la pensée commune, qui réunit les articles 15 et 16, celui-ci venant immédiatement après le premier, qui suppose un Français assigné par un étranger. Ce texte d'ailleurs est une loi civile française, dont l'étranger ne peut réclamer le bénéfice qu'en vertu, soit des traités faits avec sa nation, soit de la loi française elle-même (*supra*, n° 240); or, d'une part, nous ne supposons pas de traité; d'autre part, où est la loi, qui accorde ce bénéfice à l'étranger?

Nous allons voir que les tribunaux français sont, à la vérité, compétents pour juger certaines contestations même entre deux étrangers; mais la faculté, la nécessité quelquefois de plaider en France, ne me paraît pas emporter virtuellement avec elle le droit d'exiger caution du demandeur. Ce privilége n'en est pas une conséquence nécessaire ni essentielle, puisqu'il est, au contraire, purement facultatif, et qu'il n'a lieu qu'autant que le Français le réclame, et même *in limine litis*, sous peine de déchéance.

On peut même dire que deux étrangers plaidant en France, se trouvent presque, à cet égard, dans une position réciproquement égale; aussi, Pothier enseignait-il que « lorsque deux étrangers plaident ensemble, si le dé« fendeur exige la caution du demandeur, il ne peut l'y « faire condamner qu'il ne l'offre respectivement de son « côté. » (*Des Personnes*, part. I, tit. II, sect. II.)

Et à cet egard, on voit que l'autorité de l'ancien Droit manque à l'opinion contraire, puisqu'elle n'y met pas aujourd'hui et qu'elle n'y pourrait pas mettre la condition, sous laquelle seulement Pothier permettait au défendeur étranger d'exiger la caution (comp. Orléans, 26 juin 1828, Sinnett, D., 1828, II, 164; Pau, 3 déc. 1836, Giovanelli, Dev., 1837, II, 363; Cass., 15 avril 1842, Picola, Dev., 1842, I, 473; Paris, 12 avril 1856, Brown, Dev., 1857, II, 104; Paris, 2 juillet 1861, Bossi, Dev., 1861, II, 614; Nancy, 14 juin 1876, X..., Dev., 1876-2-208; Nancy, 16 juin 1877, Dreich, Dev., 1878-2-15; Fœlix, n° 108; Soloman, *de la Condit. des étr.*, p. 112; Taulier, t. I, p. 119; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 309; Massé et Vergé, t. I, p. 80; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 60).

256. — La caution est due *en toute matière*, par conséquent même en matière criminelle, correctionnelle ou de police, si l'étranger forme une demande en qualité de partie civile (comp. Cass., 3 févr. 1814, Neuman, Sirey, 1814, I, 116; Cass., 18 févr. 1846, Comparetti, Dev., 1846, I, 320; Coin-Delisle, art. 16, n° 16; Mangin, *de l'Action publ.*, t. I, p. 259; Demante, t. I, n° 30 *bis*, IV; Joccoton, *Revue de législ.*, 1852, t. I, p. 181).

Et, par suite, elle est due aussi, même en matière administrative (comp. Foucart, t. III, p. 420; Macarel, *Jurispr. admin.*, t. I, p. 54; Serrigny, *Procéd. et compét. admin.*, t. I, p. 272).

La loi excepte les matières de commerce, à raison de la faveur, que méritent les relations commerciales, comme aussi de la modicité des frais et de la rapidité nécessaire de ces sortes d'affaires.

Il faut, au reste, que la matière soit commerciale de la part du défendeur lui-même, pour qu'il ne puisse pas demander la caution (art. 423, Cod. de Procéd.).

Il paraît logique et conforme à la pensée du législateur que cette exception soit maintenue, même dans le

cas où l'étranger, demandeur devant un tribunal de commerce, est renvoyé devant un tribunal civil, pour faire statuer sur un incident, comme, par exemple, sur une vérification d'écriture (comp. Metz, 26 mars 1821, Sirey, 1823, II, 126; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Caution judicatum solvi*, § I, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 307).

257. — *Pour quelles causes?*

Notre article 16, plus précis et plus exact que l'article 166 du Code de Procédure, limite l'obligation de la caution aux frais et dommages-intérêts *résultant du procès*.

Le but de la loi et la raison le voulaient ainsi, puisque le défendeur n'aura rien de plus à exiger à raison du procès, s'il est renvoyé de la demande, et que, s'il perd sa cause, il sera même constitué débiteur.

258. — *A quel moment* la caution *judicatum solvi* doit-elle être demandée?

Rien de plus controversé et de plus obscur que cette question; c'est qu'en effet, les articles 166, 169 et 173 du Code de Procédure, sont rédigés de telle manière qu'il est fort difficile de reconnaître, entre les trois exceptions de *caution judicatum solvi*, d'*incompétence* et de *nullité d'exploit*, laquelle doit être proposée la première.

Aussi, les opinions sont-elles très-divergentes :

1° Duranton (t. I, n° 163) paraît mettre l'exception *judicatum solvi* entre les deux autres, après l'exception d'incompétence, mais avant celle de nullité d'exploit.

Je ne me rends pas bien compte de ce système.

2° D'autres prétendent qu'on doit les proposer dans l'ordre suivant : l'incompétence d'abord, la nullité d'exploit ensuite, et enfin la caution.

3° Un système très-accrédité permet au défendeur de demander la caution à son choix, soit avant, soit après

les deux autres exceptions (comp. Bourges, 20 juillet 1837, Augu, Dev., 1843, II, 561).

4° Enfin, une opinion, qui me paraît préférable, enseigne que la caution *judicatum solvi* doit être demandée *avant toute exception*, même avant celle d'incompétence. Tels sont les termes de l'article 166 du Code de Procédure; les articles 169 et 173 se servent, il est vrai, de termes semblables; mais remarquez que l'article 166 marche, en outre, le premier dans l'ordre des paragraphes, et que l'exception *judicatum solvi* est placée ainsi par la loi elle-même avant les deux autres.

Et cela me paraît conforme à la raison et aux principes; le procès sur la compétence ou sur la nullité d'exploit peut entraîner des frais, quelquefois même considérables; le défendeur a donc intérêt à demander de suite la caution; or, s'il y a interêt, il doit en avoir le droit; et s'il en a le droit, et qu'il ne l'exerce pas, il est réputé y renoncer; voilà précisément ce que déclare l'article 166.

Doit-on conclure de ce dernier motif que la caution, qui n'aurait pas été demandée en première instance, ne pourrait pas être demandée, pour la première fois, en appel?

La conséquence me paraît certaine, en ce qui concerne les frais de première instance; et je la crois vraie même aussi à l'égard des frais d'appel (*supra*, n° 255; comp. Toulouse, 16 août 1831, Bousquet, D., 1834, II, 59; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 30 *bis*, III; Coin-Delisle, art. 16, n° 2).

Toutefois, je dois dire que les arrêts contraires sont plus nombreux (Paris, 19 mars 1838, Leboulanger, Dev., 1838, II, 182; Paris, 22 juillet 1840, Mosès, Dev., 1840, II, 429; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 309, 310; Paris, 2 déc. 1872, Wiedmann, Dev., 1873, II, 197).

259. — Enfin, l'étranger est dispensé de donner caution :

1° Lorsqu'il consigne la somme jusqu'à concurrence de laquelle le jugement a ordonné qu'elle serait fournie;

2° Lorsqu'il justifie que ses immeubles situés en France, et par conséquent dès lors, ses immeubles corporels, sont suffisants pour en répondre (art. 16, 2041 Cod. Nap.; 166 Cod. de Procéd.; comp. L. 25, ff. *Qui satisdare coguntur;* Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 19; Zachariæ, Anbry et Rau, t. VI, p. 307; Massé et Vergé, t. I, p. 80).

Il est bien entendu que l'étranger en est encore dispensé;

3° Dans le cas de traités faits avec la nation à laquelle il appartient (art. 11);

4° Dans le cas où il a été admis par l'Empereur à jouir des droits civils en France (art. 13).

Delvincourt (t I, p. 199, note 7) et les auteurs de la *Nouvelle Encyclopédie du droit*, MM. Sebire et Carteret (v° *Caut. jud. solvi*, n°s 49 et 50), enseignent que l'étranger est tenu de conférer hypothèque sur ses immeubles, par le motif que, sans cette garantie, il pourrait les vendre avant la fin du procès et l'exécution des condamnations (ajout. Boncenne, t. III, p. 93; Chauveau sur Carré, quest. 708 *bis;* Favard, *Répert.*, v° *Exception*, § 1, n° 7).

Mais je pense que cette opinion ajoute à la loi:

D'une part, le texte exige seulement que l'étranger soit propriétaire d'immeubles situés en France;

D'autre part, on a pu trouver dans ce seul fait une garantie suffisante, parce qu'il en résulte un lien puissant qui attache l'étranger au sol français, et que d'ailleurs l'étranger ne pourrait le plus souvent, en pareil cas, se défaire de ses immeubles que précipitamment et dès lors avec perte.

Ce serait, dit très-bien M. Richelot (t. I, p. 135), exiger de lui une sorte de cautionnement (art. 2041), dans le cas même où la loi le dispense d'en fournir (comp.

Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Caut. jud. solvi;* Duranton, t. I, n° 162; Coin-Delisle, art. 16, n° 10; Legat, *Cod. des étr.*, p. 312; Joccoton, *Rev. de législat.*, 1852, t. I, p. 187; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 307; Massé et Vergé, t. I, p. 80; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 61; Demante, t. I, n° 30 *bis*, VII).

260. — La seconde garantie accordée au Français, dans ses rapports avec l'étranger (*supra*, n° 253), est le moyen de la contrainte par corps.

Ce sujet est aujourd'hui réglé par la loi du 17 avril 1832, plus favorable aux étrangers que la loi antérieure du 10 septembre 1807.

Le but essentiel de la loi est de protéger ainsi le Français contre le danger possible de la disparition de l'étranger.

En conséquence :

1° Tout jugement de condamnation au profit d'un Français contre un étranger non domicilié en France, emporte la contrainte par corps, à moins que la somme principale de la condamnation ne soit inférieure à 150 fr., sans distinction entre les dettes civiles et les dettes commerciales;

2° Même avant le jugement de condamnation, mais après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le président du tribunal, dans l'arrondissemeut duquel se trouvera l'étranger non domicilié, peut, s'il y a de suffisants motifs, ordonner son arrestation provisoire, sur la requête du créancier français.

L'arrestation provisoire n'aura pas lieu, ou cessera, si l'étranger justifie qu'il possède, sur le territoire français, un établissement de commerce ou des immeubles, le tout d'une valeur suffisante pour assurer le payement de la dette, ou s'il fournit pour caution une personne domiciliée en France et reconnue solvable (*voy.* les titres III et IV de la loi du 17 avril 1832).

Mais, depuis notre troisième édition, la contrainte par

corps a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867, dont l'article 1er est ainsi conçu :

« La contrainte par corps est supprimée en matière commerciale, civile, *et contre les étrangers.* »

D'où il suit que cette garantie a disparu, et que les étrangers sont traités désormais, en ce qui concerne la contrainte par corps, de la même manière que les Français.

260 *bis.* — Un Français, cessionnaire de la créance d'un étranger contre un autre étranger, aurait-il pu, avant la loi du 22 juillet 1867, exercer la contrainte par corps contre le débiteur cédé?

Nous ferons, sur cette question, la même distinction que nous avons déjà faite sur la question analogue, suivant nous, de savoir si le Français cessionnaire de la créance d'un étranger contre un autre étranger, peut traduire le débiteur cédé devant les tribunaux français (*supra*, n° 250).

En conséquence, nous décidons que le Français cessionnaire ne pourra pas exercer la contrainte par corps contre l'étranger débiteur cédé, s'il s'agit d'une obligation civile; et qu'il pourra, au contraire, l'exercer, s'il s'agit d'une obligation commerciale transmissible par voie d'endossement (comp. Paris, 12 avril 1850, Castigue, Dev., 1850, II, 333; Douai, 10 fév. 1853, Detape; et 2 mars 1853, Seymont, Dev., 1853, II, 460-462; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Étr.*, § 4; Coin-Delisle, *de la Cont. par corps*, p. 100, n° 7; Troplong, *de la Cont. par corps*, n° 501).

Cette distinction, toutefois, a été combattue par M. Bodin, dans un article sur la *Cession des créances*, que nous avons déjà cité (*supra*, n° 150; *Revue prat. de dr. franc.*, 1858, t. V, p. 154 et suiv.).

Notre savant collègue de la Faculté de Rennes raisonne ainsi :

La cession, qui ne change pas la *créance*, change, au

contraire, *le créancier;* et dès lors, s'il est vrai que la position du cessionnaire doit être la même que celle du cédant, *quant aux qualités inhérentes à la créance,* il en est autrement *des qualités inhérentes à la personne du créancier;* lesquelles ne doivent être considérées que dans la personne du cessionnaire lui-même, désormais seul créancier;

Or, d'une part, on suppose que le cessionnaire du créancier étranger est Français; d'autre part, c'est à la qualité de Français que sont attachés, par l'article 14, le droit de citer le débiteur étranger devant les tribunaux français, et par la loi du 17 avril 1832, le droit d'exercer contre lui la contrainte par corps;

Donc, le Français cessionnaire de la créance d'un étranger contre un autre étranger, est fondé à invoquer l'article 14 de la loi du 17 avril 1852, sans qu'il y ait aucune distinction à faire entre les créances civiles et les créances commerciales.

Ce n'est pas à ce point de vue que M. Demangeat s'est placé; l'honorable annotateur de Fœlix enseigne bien aussi que le Français cessionnaire d'un étranger peut traduire l'étranger, débiteur, cédé devant les tribunaux français; mais c'est seulement par ce motif que le débiteur cédé *ne doit pas être considéré comme ayant un droit acquis à la compétence du tribunal* (sur Fœlix, t. I, p. 334, note *a*). Mais il enseigne, en même temps, que le Français cessionnaire ne peut pas exercer la contrainte par corps contre l'étranger débiteur cédé, par le motif que l'étranger, qui s'est obligé envers un autre étranger, *a un droit acquis à ne pas subir l'application de l'article* 15 *de la loi de* 1832 (*loc. supra cit.*, p. 466, note *a*).

Chose remarquable! MM. Aubry et Rau professent une distinction, qui est tout à fait le *contre-pied* de la distinction de M. Demangeat; et nos honorables collègues, qui refusent au Français cessionnaire le droit que M. Demangeat lui accorde, d'invoquer l'application de l'arti-

cle 14, lui accordent, au contraire, le droit que M. Demangeat lui refuse, d'invoquer la loi du 17 avril 1832 (comp. t. V, p. 45 et t. VI, p. 313; et *supra* n° 150).

On vient de voir que M. Bodin enseigne que le Français cessionnaire peut invoquer l'un et l'autre droit.

Mais nous persistons, pour notre part, à penser qu'il ne peut invoquer ni l'un ni l'autre.

La distinction de M. Bodin entre les qualités inhérentes à la créance, qui ne changent pas, et les qualités inhérentes à la personne du créancier qui changent avec la personne du créancier lui-même, cette distinction est, en soi, incontestable : *privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ* (L. 195 ff. *De reg. regul. juris*).

Mais l'application, qui en est faite, à notre thèse actuelle, est-elle exacte?

Telle est précisément la question; et il nous semble que le moyen, sur lequel M. Demangeat a fondé la distinction qu'il propose, est la preuve qu'en effet il ne s'agit pas ici d'apprécier une simple qualité personnelle du créancier.

C'est à l'origine de la créance elle-même, c'est aux circonstances dans lesquelles elle est née, que le législateur, suivant nous, s'attache pour décider si cette créance engendrera, pour le créancier, le droit d'invoquer l'application soit de l'article 14 du Code Napoléon, soit de la loi du 17 avril 1832. A ce point de vue, nous pensons tout à fait, avec M. Demangeat, qu'il y a eu, dès l'origine de la créance, droit acquis pour l'étranger débiteur, de n'être pas soumis à l'application de la loi de 1832; et c'est par le même motif aussi que nous pensons qu'il y a eu droit acquis de n'être pas soumis à l'application de l'article 14 du Code Napoléon; cette disposition est exceptionnelle, et elle ne saurait s'étendre (*supra*, n° 248). C'est ainsi que, d'après l'article 177 de l'ordonnance de Blois, ceux qui avaient le privilége du *committimus*, c'est-à-dire le privilége de distraire le défendeur des ju-

ges de son domicile, ne pouvaient autrefois l'exercer que pour les droits qu'ils avaient de leur chef ou à cause de leurs femmes seulement, *et non en vertu de cession ou transport.*

261. — Il nous reste à parler des contestations *entre étrangers.*

Le Code Napoléon ne renferme, à cet égard, aucune disposition spéciale; et ce sujet n'est pas encore régi peut-être par des principes bien certains et bien arrêtés.

Voici, toutefois, les règles qui nous paraissent résulter, soit des textes mêmes de la loi, soit des principes généraux du droit, soit enfin des monuments de la jurisprudence :

1° Les tribunaux français doivent statuer, même entre étrangers, sur les actions civiles résultant des délits commis en France; et un étranger peut, en conséquence, se porter partie civile devant les tribunaux criminels contre un autre étranger (comp. Bordeaux, 11 août 1842, Tuc ckett, Dev., 1843, II, 216; *voy.* aussi l'avis du conseil d'État du 4 juin 1806).

Telle est la conséquence nécessaire de l'article 3, d'après lequel les lois de police et de sûreté obligent et protégent tous ceux qui habitent le territoire.

Je crois même qu'il ne serait pas nécessaire que le fait dommageable constituât un délit caractérisé et prévu par la loi pénale; nous avons dit que ces mots : *lois de police et de sûreté*, comprennent, en général, les dispositions qui ont pour but la garantie des personnes et des propriétés; il nous semble donc que l'étranger, lésé en France dans sa personne ou dans ses biens par un autre étranger, devrait obtenir des dommages-intérêts (art. 1382, 1383), lors même que le fait nuisible ne serait pas d'ailleurs réprimé par une loi pénale (*supra*, n° 72; comp. Paris, 21 mars 1862, de Rohan-Fénis, Dev., 1862, II, 411).

2° Les tribunaux français doivent encore statuer, même

entre étrangers, sur les actions relatives aux immeubles situés en France.

Ces actions sont, en effet, de la compétence du juge du lieu de la situation (art. 59, Cod. de proc.); et c'est là une conséquence encore de l'article 3, d'après lequel les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française (comp. Colmar, 12 août 1817, de Gérardi, Sirey, 1818, II, 290; Paris, 22 février 1869, Goldsmith, *Le Droit* du 28 févr. 1869; Merlin, *Répert.*, v° *Compétence*, § 5, n° 9; Fœlix, n° 135).

3° Les tribunaux français doivent encore statuer, même entre étrangers, sur les actions relatives à des engagements commerciaux, dans les cas prévus par l'article 420 du Code de procédure.

La Cour de cassation avait d'abord jugé que cette compétence n'était alors que facultative, et qu'elle pouvait être déclinée, soit par le défendeur, soit même d'office par le tribunal, sans qu'il y eût déni de justice et violation d'aucune loi; mais la jurisprudence nouvelle paraît devoir consacrer aussi, pour ce cas, la compétence nécessaire et absolue des tribunaux français (comp. Cass., 26 nov. 1828, Harris, Sirey, 1829, I, 9; Cass., 26 avril 1832, Hugues, D., 1832, I, 184; Montpellier, 13 janvier 1841, Ryan, Dev., 1841, II, 193; Nancy, 22 nov. 1873, Mohr, Dev., 1874, II, 13).

Cette doctrine, plus conforme à notre ancien Droit (ordonnances de 1673, titre XII, art. 17, de 1681, tit II, art. 1), plus favorable à la rapidité, à la bonne foi si nécessaires dans les relations commerciales, pourrait même encore trouver un appui dans l'article 3. N'est-ce pas là, en quelque sorte, une loi de police? (Pardessus, *Droit commercial*, n° 1477.)

4° Dans les autres matières, les tribunaux français ne sont pas régulièrement compétents pour juger les contestations entre étrangers.

En conséquence, l'étranger défendeur peut proposer

l'incompétence de ces tribunaux, qui ne sont pas les siens; et le tribunal lui-même, qui ne doit la justice qu'aux Français, peut se déclarer d'office incompétent.

Et ce principe s'applique également, et même *a fortiori*, aux actions relatives à l'état des personnes, par exemple, aux demandes en nullité de mariage, ou en séparation de corps. (Comp. Cass., 8 avril 1818, Davel, Sirey, 1822, I, 217; Paris, 26 avril 1823, Ely, Sirey, 1824, II, 65; Bourges, 8 déc. 1843, Luzuriaga, Dev., 1844, II, 491; Cass., 18 août 1847, Veutz, Dev., 1847, I, 645; Poitiers, 15 juin 1857, C..., Dev., 1848, II, 438; Cass., 16 mai 1849, Czarnecki, Dev., 1849, I, 478; Rouen, 23 avril 1855, Nottebohm, Dev., 1857, II, 383; Cass., 27 janv. 1857, Hope, Dev., 1857, I, 320; Paris, 23 juin 1859, Dausoigne-Méhul, Dev., 1860, II, 261; Angers, 20 fév. 1861, Conzette, Dev., 1861, II, 409; Metz, 26 juill. 1865, Rancy, Dev., 1866, II, 237; Cass., 6 mars 1877, Hourlier, Dev., 1879-1-305; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 317; Demante, t. I, n° 29 *bis*, IV; Valette, *Explic. somm. du liv. I*, p. 18; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 85 et suiv.; *voy.* aussi, sur ce sujet, un article de M. Victor Hennequin, *Rev. de législat.*, 1852, p. 99; et un article de M. Émile Jay, *du Droit d'obtenir justice pour les étrangers, Rev. prat. de dr. franç.*, 1857, t. III, p. 197 et suiv.; Bonfils, *de la Compétence des tribunaux français, à l'égard des étrangers*, n°s 173 et suiv., 1865.)

Tel est le principe général. (Comp. toutefois Demangeat, *Journal de Droit international privé*, 1878, p. 450).

Mais il peut arriver, d'une part, que le défendeur se soumette à la juridiction française; et, d'autre part, que le tribunal ne se déclare pas incompétent et retienne, au contraire, la cause (Cass., 2 avril 1833, comte de Bloome, Cass., 29 mai 1833, Obrié, D., 1833, I, 250; Rouen, 29 février 1840, Demaestri, Dev., 1840, II, 256).

On conçoit, en effet :

1° Que l'étranger puisse, par son consentement, re-

connaître la juridiction française, et nous croyons qu'il l'aura reconnue, s'il n'a pas proposé l'incompétence *in limine litis* (art. 169, Cod. de procéd.; Douai, 7 mai 1828, Williams Robert, D., 1829, II, 123; Cass., 29 mai 1833, Obrié, D., 1833, I, 252);

2° Que le tribunal français lui-même consente à décider la contestation, lorsque, par exemple, elle présente un caractère d'urgence, lorsque les deux étrangers résident en France, surtout lorsque le procès peut être jugé sans le concours des lois étrangères.

Mais le tribunal pourrait-il retenir la cause, si le défendeur proposait l'exception d'incompétence?

Quoique la Cour de Cassation ait décidé l'affirmative (Cass., 20 nov. 1814, Swan et Schweizer, Sirey, 1815, I, 186; *voy.* aussi Paris, 30 mai 1826, Ditrich, Sirey, 1827, II, 49), nous avouerons qu'il nous est alors difficile de trouver une base à cette juridiction, qui ne reposera ni sur le droit de souveraineté ni sur le consentement des parties.

Nous ne supposons pas, d'ailleurs, qu'il s'agisse de mesures purement conservatoires (Aix, 6 janv. 1831, Rindi, D., 1832, II, 173), et encore moins de l'exécution forcée de titres parés (art. 554, Cod. de procéd.); car, dans ces deux cas, nous croyons que le tribunal français serait toujours compétent (*voy.* toutefois Douai, 12 juillet 1844, André, D., 1844, II, 492; comp. Fœlix, n° 137; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 320; Demangeat, *Rev. prat. de droit franç.*, 1855, t. I, p. 390-393; Paris, 24 août 1875, Dayk, Dev., 1876-2-212.)

Il faudrait excepter, bien entendu, aussi le cas où des Français seraient intéressés dans la contestation. (Comp. Orléans, 4 août 1859, Simon-Wal, Dev., 1860, II, 37.)

Tels me paraissent être les véritables principes de cette matière.

Je dois ajouter pourtant qu'on a soutenu, dans ces derniers temps, que, même en matière civile et dans

tous les cas, sans distinction, la compétence des tribunaux français entre étrangers était absolue et nécessaire:

Les étrangers peuvent contracter en France, non-seulement avec les Français, mais encore avec d'autres étrangers;

Or, la faculté de contracter emporte, comme conséquence virtuelle, le droit de poursuivre judiciairement l'exécution des obligations qui en résultent;

Donc, la loi française, qui reconnaît aux étrangers cette faculté principale, ne saurait leur refuser les moyens de l'exercer (Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. II, n°s 167 et suiv.; Fœlix, n°s 121 et suiv.).

Je relève cet argument, parce qu'il s'attaque à la théorie, que j'ai moi-même proposée sur les droits des étrangers en France; voici donc ma réponse :

En principe, les lois françaises ne sont pas faites pour les étrangers et ne leur sont pas applicables, si ce n'est par exception, comme dans les cas prévus par l'article 3. Sans doute, deux étrangers peuvent contracter en France l'un avec l'autre; mais il n'en résulte pas que cette faculté leur soit reconnue et concédée, en ce sens que les tribunaux français soient institués, à l'effet de juger les contestations même entre étrangers. Au contraire, nos lois n'ont même formellement prévu, en aucun cas, cette compétence (art. 14, 15); et si on peut, si on doit même l'induire de quelques dispositions, telles que les articles 3 du Code Napoléon et 420 du Code de Procédure, on ne voit pas sur quel texte on pourrait fonder le principe de la compétence générale et absolue.

Il me semble d'ailleurs qu'on a pourvu aux légitimes intérêts et aux véritables besoins de la société et des étrangers eux-mêmes, par les différentes distinctions qui précèdent; et que le système, qui imposerait aux tribunaux français l'obligation de juger, nécessairement et toujours, tous les procès entre étrangers, de les juger, par consé-

quent, comme il le faudrait le plus souvent, d'après les lois étrangères, que ce système, dis-je, serait une source d'embarras et de difficultés de toutes sortes.

J'ai déjà remarqué que les théories trop absolues, qui manquent, en général, d'esprit pratique, conviennent particulièrement très-peu à ce sujet (*supra*, nos 94 et 98; *voy.* aussi le remarquable travail de M. Portalis, dans la *Revue de législation*, t. XVI, p. 122-157). Ce qu'on peut dire de plus, c'est que les étrangers devront être facilement présumés s'être réciproquement soumis à la juridiction des tribunaux français, lorsqu'ils résideront en France, et que leur contrat y aura été fait et devra y être exécuté; comme aussi les tribunaux français devront alors prendre en grande considération toutes ces circonstances pour se déclarer compétents (comp. Cass., 6 juin 1846, Weathly, Dev., 1847, II, 457; Paris, 13 mars 1849, Debast, Dev., 1849, II, 637; Cass., 17 juill. 1877, Londom-Chatam, Dev., 1877-I-449.)

N° 3. — *Comment les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers publics étrangers sont-ils exécutoires, en France?*

262. — J'ai annoncé plusieurs fois que les jugements rendus par les tribunaux étrangers, n'étaient pas exécutoires en France; les articles 2123 du Code Napoléon, et 546 du Code de Procédure, les soumettent, en effet, à l'accomplissement d'une condition, sur laquelle je dois présenter maintenant quelques explications pour compléter ce sujet.

Dans quels cas y a-t-il lieu de remplir cette condition?

En quoi consiste-t-elle?

Et quels sont ses effets?

Dans quels cas? Lorsqu'il s'agit de jugements rendus, non pas en pays étrangers, comme dit l'article 2123 du Code Napoléon, mais bien par des tribunaux étrangers, sui-

vant les termes plus exacts de l'article 546 du Code de procédure; car le jugement rendu, en France, par un consul étranger y serait soumis; et réciproquement, le jugement rendu en pays étranger, par un consul français, en serait dispensé (comp. d'Héricourt, *De la vente des immeubles*, chap. II. sect. II, n° 30; Pothier, *Des hypoth.*, chap. I, sect. I, art. 2; Grenier, t. I, p. 212; Troplong, t. II, n° 452; Valette, *Rev. étr. et franç.*, 1849, VI, p. 597, n° 1).

Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de distinguer les jugements rendus entre étrangers et français, d'avec les jugements rendus entre étrangers seulement. (Comp. Cass., 10 mars 1863, Harding, Dev., 1863, I, 293.)

La décision arbitrale rendue par un étranger, y sera-t-elle soumise?

Il faut distinguer : oui, s'il a été délégué par un tribunal étranger ; non, s'il a été choisi par les parties comme arbitre volontaire. Dans le premier cas, en effet, l'arbitre reçoit son mandat de la puissance publique étrangère; dans le second cas, il ne le tient que du libre choix des parties (comp. Paris, 16 déc. 1809, Lannes, Sirey, 1810, II, 198; Cass., 16 juin 1840, Dupré, Dev., 1840, I, 583; Paris, 22 juin 1843, le prince de Capoue, Dev., 1843, II, 346; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Jugement*, § 14, v° n° 3; Valette, *loc. supra cit.*, n° 11; Soloman, *Essai sur la condit. civ. des étrangers en France*, p. 114; Zachariæ, Aubry et Rau, t. XI, p. 105).

Il faut aussi qu'il s'agisse de reconnaître l'autorité de la chose jugée à la décision rendue par un tribunal étranger, et de la déclarer exécutoire, en ce qui concerne les biens, qui se trouvent en France (art. 2123, Cod. Nap., 546 Cod. de procéd.; Cass., 12 déc. 1826, Lesueur, Sirey, 1827, I, 255; Cass., 6 janv. 1841, Wenger, Dev., 1841, I, 24).

263. — A quelle condition le jugement rendu par le tribunal étranger est-il soumis?

Le tribunal français doit-il seulement délivrer un ordre

d'exécution, un *visa* ou *pareatis?* ou doit-il, au contraire, procéder à une véritable révision, après nouvel examen et nouveaux débats?

Dans l'ancien Droit, on admettait la révision, lorsque le jugement avait été rendu *contre un Français*, soit au profit d'un étranger, soit au profit d'un Français; on ne l'admettait pas, lorsque le jugement avait été rendu *contre un étranger*, soit au profit d'un Français, soit au profit d'un étranger. Telle était l'opinion générale, fondée sur l'article 121 de l'ordonnance de 1629, ainsi conçu :

« Les jugements rendus.... ès-royaumes et souverai-« netés étrangères n'auront aucune hypothèque ni exé-« cution en notre royaume; ... et nonobstant lesdits juge-« ments, nos sujets, contre lesquels ils ont été rendus, « pourront de nouveau débattre leurs droits comme en-« tiers devant nos officiers. »

Cette distinction a été encore professée, sous l'empire du Code Napoléon; on a soutenu que rien n'annonçait que le législateur nouveau ait eu l'intention de s'en écarter, et qu'elle devait d'autant mieux être conservée, qu'elle était devenue de plus en plus conforme au droit des gens européen (comp. Paris, 13 mai 1830, D., *Rec. alph.*, t. XVI, p. 490; Paris, 7 janv. 1833, Dev., 1833, II, 145; Bruxelles, 14 août 1845, cité par M. Valette (*in fine*); Duranton, t. XIX, n° 342; Fœlix, n°s 281 et suiv.; Aubry, *Rev. étr. et franç.*, t. III, p. 165 et suiv.; Valette, même Revue, 1849, t. VI, p. 597 et suiv.; Demangeat, p. 88; Bonfils, *loc. supra cit.*, n°s 262 et suiv.).

Nous croyons toutefois, pour notre part, que ce système ne saurait plus être admis, en présence des termes absolus des articles 2123 du Code Napoléon, et 564 du Code de procédure, qui nous paraissent précisément avoir proscrit cette ancienne doctrine.

Aussi, la lutte vraiment sérieuse n'existe-t-elle qu'entre deux systèmes, dont l'un soutient qu'il n'y a jamais lieu à révision, même lorsque le jugement a été rendu contre

un Français ; tandis que l'autre soutient qu'il y a toujours lieu à révision, même lorsque le jugement a été rendu contre un étranger :

1° Le premier système invoque le texte même de la loi et son motif essentiel :

« L'hypothèque ne peut pareillement résulter des « jugements rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont « été déclarés exécutoires par un tribunal français. » (Art. 2123, Cod. Nap.)

« Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et « les actes reçus par les officiers étrangers ne seront « susceptibles d'exécution en France que de la manière « et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du « Code Napoléon. » (Art. 546, Cod. de procéd.)

Ainsi, d'après ces textes, c'est le jugement rendu par le tribunal étranger, ce jugement lui-même, qui doit être déclaré exécutoire ;

Or, si on admettait un nouvel examen et de nouveaux débats, si le tribunal français enfin prononçait lui-même un nouveau jugement, ce ne serait pas le jugement rendu par le tribunal étranger qui deviendrait exécutoire, mais bien le jugement rendu par le tribunal français ; cela serait évident, si le tribunal français jugeait autrement que le tribunal étranger ; mais il en serait ainsi, lors même que la décision française serait identiquement la même que la décision étrangère ; celle-ci n'en serait pas moins, dans tous les cas, supplantée, remplacée par l'autre ;

Donc, il n'y a pas lieu à réviser le jugement, mais bien à le déclarer seulement exécutoire.... *Le déclarer exécutoire !*... ce qui ne veut pas dire apparemment l'infirmer, le modifier, le détruire ! ce qui ne veut pas dire juger de nouveau ! juger peut-être tout le contraire !

Comparez, en effet, l'article 2123 à l'article 2128 du Code Napoléon. Quelle différence ! celui-ci refuse absolument aux actes des officiers étrangers la vertu de produire hypothèque en France ; tandis que les articles 2123

du Code Napoléon et 546 du Code de procédure reconnaissent et maintiennent l'existence, l'autorité des jugements étrangers; seulement, ils exigent que, pour devenir *exécutoires*, ils soient *déclarés* tels par un tribunal français.

Il est vrai que, lorsqu'il s'agit seulement de rendre exécutoire une sentence arbitrale, c'est le président du tribunal, qui rend l'ordonnance judiciaire d'exécution; mais on s'explique facilement pourquoi la loi a confié au tribunal tout entier la mission de déclarer exécutoires les jugements étrangers, dans lesquels pourraient se rencontrer des dispositions contraires à nos mœurs, à notre droit public, des dispositions, sous ce rapport, inexécutables chez nous; comme si ce jugement ordonnait la contrainte par corps, dans un cas pour lequel nos lois ne l'admettraient pas (art. 6, 2063; Cass., 17 mars 1830, Challier, Dev., 1830, I, 95). Mais il ne s'ensuit pas que la chose jugée en pays étranger ne soit pas reconnue en France; la preuve s'en trouve encore dans l'art. 7 du Code d'instruction criminelle. La doctrine contraire enlèverait d'ailleurs tout crédit aux Français en pays étranger (Boitard, *Procéd. civ.*, t. III, p. 300; comp. aussi *Revue prat. de droit franç.*, 1858, t. V, p. 327 et suiv., un article de M. Bournat; Labbé, *Observations*, sur les arrêts cités *infra*, Dev., 1865, II, 61, et suiv.; Paris, 2 mars 1868, Dina, Dev., 1868, II, 312; Dissertation de M. Ernest Dubois (1879), sur un arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1878).

2° La seconde opinion, au contraire, admet la révision dans tous les cas; elle insiste d'abord, en ce qui concerne le texte, sur ce que l'article 2123 attribue cette compétence au tribunal tout entier; or, un tribunal tout entier rend des *jugements;* et il ne peut *juger* sans examiner, sans entendre, juger sans connaissance de cause, juger enfin autrement que dans la pleine indépendance de ses lumières et de sa conviction; donc il y a lieu à de nouveaux débats pour l'éclairer.

Ces articles, d'ailleurs, sont fondés non pas seulement

sur la nécessité de donner force exécutoire en France à la décision étrangère, mais aussi sur le principe de l'indépendance des États, sur la règle constitutionnelle que toute justice en France émane du Chef de l'État. Cette doctrine est sage et prudente; remarquez, en effet, que les textes nouveaux ne comportent aucune distinction entre le jugement rendu au profit d'un Français et le jugement rendu contre lui; or, serait-il convenable, serait-il politique d'obliger le tribunal français à déclarer toujours et nécessairement exécutoire un jugement, quel qu'il fût, rendu contre un Français par un tribunal étranger, un jugement rendu dans un pays où l'organisation de la justice n'offrirait pas encore toutes les garanties désirables, dans un pays hostile peut-être à la France, un jugement évidemment inique, qui, par exemple, n'aurait eu aucun égard à une quittance certaine, ou bien à une décision rendue en France et passée en force de chose jugée? N'y aurait-il pas même alors une contradiction dans la loi? En effet, l'un des motifs pour lesquels elle permet au Français de citer l'étranger en France, c'est la crainte qu'il n'obtienne pas peut-être pleine justice devant un tribunal étranger (*supra*, n° 248); doit-elle, dès lors, le laisser sans secours contre un jugement étranger rendu à son préjudice, surtout lorsqu'il a été défendeur? Le principe d'ailleurs s'applique même au Français qui a été demandeur en pays étranger, puisqu'il s'applique à l'étranger lui-même (*voy.* toutefois *supra,* n° 251).

Ce second système me paraît, je l'avoue, moins conforme aux textes que le premier, qui, sur ce terrain, est, en effet, bien redoutable; mais il est aussi soutenu par des arguments sérieux, par des considérations puissantes d'intérêt public et privé; aussi paraît-il avoir définitivement triomphé dans la pratique et dans la jurisprudence (comp. Cass., 11 janv. 1843, Schwart, Dev., 1843, I, 671; Douai, 2 mai 1845, Dupont, Dev., 1845, II, 513; Bordeaux, 6 août 1847, Renouil, Dev., 1848, II, 153, Paris, 20 nov. 1848,

Courvoisier, Dev., 1849, II, 11; Paris, 22 nov. 1851, Baudon, Dev., 1851, II, 783; Cass., 27 déc. 1852, Todesco, Dev., 1853, I, 94; Douai, 22 déc. 1863, Méridew; et Paris, 22 avril 1864, Rajechi, Dev., 1865, II, 60-63; Pau, 6 janv. 1868, B..., Dev., 1868, II, 100; Toulouse, 29 janv. 1872, Denton, Dev., 1873, II, 18; Toullier, t. X, n° 85; Zachariæ, t. I, p. 58; Troplong, *Des hypothèques*, n° 451).

Il y a donc lieu à de nouveaux débats; et puisque le procès recommence, nous ne voyons pas pourquoi les parties ne pourraient pas proposer de nouveaux moyens (*voy.* pourtant Cass., 1er avril 1839, Longpré, Dev., 1839, I, 379).

De même, n'en faut-il pas conclure que, si la matière est commerciale, c'est devant le tribunal de commerce que la révision du jugement étranger devra être demandée en France?

Cette conséquence semblerait aussi résulter du système, qui renouvelle l'instance, et qui dès lors paraîtrait devoir logiquement soumettre ce procès, comme tout autre, aux règles ordinaires de la juridiction française (comp. Colmar, 13 janvier 1815, Laville, Dev. et Car., *collect. nouv.*, 5, II, 6; Montpellier, 8 mars 1822, Aymard, Dev. et Car., *collect. nouv.*, 7, II, 39; Colmar, 17 juin 1847, Weil, Dev., 1848, II, 270; Demangeat, *Revue pratique de droit français*, t. I, 1856, p. 545).

Toutefois, je crois qu'il est plus vrai de dire que cette révision est déférée, dans tous les cas, par les articles 2123 du Code Napoléon et 546 du Code de procédure, aux tribunaux civils, revêtus de la plénitude de la juridiction, et non point aux tribunaux de commerce, dont la compétence exceptionnelle ne doit pas être étendue (comp. Douai, 9 décembre 1843, Dujardin, Dev., 1844, II, 568; Bordeaux, 6 août 1847, Renouil, Dev., 1848, II, 153; Paris, 16 avril 1855, Doliveyra, Dev., 1855, II, 336; Metz, 11 nov. 1856, Antoine, Dev., 1857, II, 7; Valette, *Rev. étr. et franç.*, 1849, VI, p. 612; Bournat, *Rev. prat. de droit franç.*, 1858, *loc. supra cit.*).

La demande à fin de révision nous paraît, en conséquence, aussi devoir être introduite, suivant les formes générales de l'ajournement, aux termes de l'article 59 du Code de procédure. (Comp. Douai, 17 juin 1863, Luddy, Dev., 1863, II, 255.)

264. — Quant aux effets de la révision, ils ne peuvent, bien entendu, s'appliquer qu'en France ; le jugement rendu par le tribunal étranger conserve d'ailleurs, en pays étranger, toute sa force.

Je ne croirais même pas qu'il fût possible d'exercer, en vertu du jugement français, qui aurait infirmé le jugement étranger, et sur les biens qui se trouveraient en France, un recours, à raison des poursuites qui auraient eu lieu, en vertu de ce jugement étranger, sur les biens situés en pays étranger; il me semble que ce recours 1° méconnaîtrait l'autorité du jugement étranger jusque dans le pays étranger lui-même ; 2° qu'il serait, en outre, un grave sujet de collision entre les États (*voy.* pourtant Paris, 28 janvier 1837, Sautter, Dev., 1837, II, 173).

264 *bis.* — Nous n'avons jusqu'à présent parlé que des jugements rendus par les tribunaux étrangers.

Remarquons ici, en passant, que, d'après l'article 546 du Code de procédure, les actes reçus par les officiers étrangers ne sont également susceptibles d'exécution en France, *que de la manière et dans les cas prévus par les articles* 2123 et 2128 *du Code Napoléon*, c'est-à-dire qu'autant qu'ils ont été aussi déclarés exécutoires par un tribunal français (art. 2123).

Mais on comprend qu'il ne saurait y avoir lieu, dans ce cas, à révision ; la différence qui existe, sous ce rapport, entre les jugements et les contrats, était très-explicitement marquée dans l'article 121 de l'ordonnance de 1629 :

« Les jugements rendus, contrats ou obligations re-
« çues ès-royaumes et souverainetez étrangères, pour
« quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque

« ni exécution en notre royaume; ainsi tiendront les con-
« trats lieu de simples promesses; et nonobstant les ju-
« gements, nos sujets, contre lesquels ils auront été ren-
« dus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme
« entiers par-devant nos officiers. »

Les contrats, en effet, étant l'œuvre du consentement et de la volonté libre des parties, ne sauraient être susceptibles de *révision*.

Sans doute, il peut s'élever, au sujet d'un contrat, une contestation judiciaire; l'une des parties peut en demander la nullité ou la rescision, etc.; mais alors la situation change; et il ne s'agit plus seulement de rendre un titre exécutoire. C'est un procès qui s'engage, procès pour lequel le tribunal français ne serait compétent que d'après les règles précédemment posées (*supra*, nos 247 et suiv.). Il ne faut pas, en effet, que, sous prétexte de faire déclarer exécutoire un acte reçu par un officier étranger, on puisse attribuer ainsi la compétence au tribunal français dans les cas où elle ne lui appartient pas.

Deux étrangers, par exemple, ont passé un contrat dans leur pays, devant l'officier étranger. Je suppose que les tribunaux français ne seraient, à aucun titre, compétents pour juger le procès, qui s'élèverait, entre eux, à raison de cet acte. L'un d'eux demande au tribunal français de le rendre exécutoire, parce que l'autre partie possède des biens en France; celle-ci conteste la validité de l'acte, et demande son renvoi devant les tribunaux étrangers. Je pense que le tribunal français devra effectivement se dessaisir, sauf à accorder, s'il y a lieu, des mesures conservatoires, jusqu'à ce que les juges étrangers aient prononcé (arg. de l'art. 554 du Cod. de procéd.).

Et notez encore, à ce propos, l'argument que l'article 546 du Code de procédure peut fournir au système, qui prétend qu'il n'y a pas lieu à la révision des jugements rendus par les tribunaux étrangers (*supra*, n° 263).

En effet, d'après cet article, les actes reçus par les offi-

ciers étrangers doivent être déclarés exécutoires en France de la manière prévue par l'article 2123 du Code Napoléon, c'est-à-dire comme les jugements rendus par les tribunaux étrangers; en un mot, les expressions de cet article 2123 s'appliquent aux actes et aux jugements sans distinction; or, on convient qu'il n'y a pas, qu'il ne peut y avoir de révision pour déclarer les actes exécutoires; comment serait-il donc possible qu'il y eût révision pour les jugements, puisque le même article et les mêmes expressions sont applicables aux uns et aux autres!

Cette nouvelle objection me paraît encore très-puissante; mais, ainsi que je l'ai dit, la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire.

SECTION II.

DE L'ÉTRANGER ADMIS PAR L'EMPEREUR A ÉTABLIR SON DOMICILE EN FRANCE.

SOMMAIRE.

265. — L'étranger, autorisé par l'Empereur à établir son domicile en France, y jouit de tous les droits civils, tant qu'il continue d'y résider.
266. — Quels sont les effets de cette autorisation?
267. — Suite.
268. — L'étranger acquiert-il ainsi un vrai domicile en France?
268 *bis*. — La succession mobilière de l'étranger est-elle, dans ce cas, régie par la loi française?
269. — Les effets de l'autorisation sont-ils personnels à l'étranger qui l'a obtenue?
270. — Sous quelles conditions l'autorisation est-elle accordée?

265. — Nous avons différé, jusqu'à ce moment, à parler de l'étranger admis par le Chef de l'État à établir son domicile en France, parce qu'il nous a semblé que cette position particulière et exceptionnelle serait plus facile à comprendre, lorsque nous saurions qu'elle est, en général, la condition juridique des étrangers en France.

« L'étranger qui aura été admis, par l'autorisation du « Chef de l'État, à établir son domicile en France, y jouira

« de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y rési-
« der. » (Art. 13.)

Cet article a un double but : d'abord, ainsi que nous l'avons dit, de faciliter à l'étranger, qui veut se faire naturaliser en France, le stage de dix ans, qui est exigé de lui (*supra*, n° 158); et aussi de permettre au gouvernement de conférer, même indépendamment de tout projet de naturalisation, la jouissance des droits civils aux étrangers, que des motifs de convenance politique ou autres rendraient dignes de cette faveur.

Quels sont les effets de cette autorisation?

A quelles personnes s'étendent-ils?

Enfin, sous quelles conditions est-elle accordée?

Tels sont les trois points que nous avons ici à examiner?

266. — Quels sont ses effets?

L'étranger demeure toujours étranger; de là il suit :

1° Qu'il ne peut exercer aucun droit politique; aussi l'article 13 ne parle-t-il que des droits civils;

2° Qu'il reste soumis aux lois personnelles de son pays (comp. Paris, 13 juin 1814, Styles, Sirey, 1815, II, 67; Duranton, t. I, n° 141; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 80; *voy.* toutefois Demangeat, n°s 81, 82; et Demante, t. I, n° 28 *bis*, II);

3° Que ses enfants, même nés en France, sont étrangers, sauf l'application de l'article 9 et des lois des 22 mars 1849, et 7 février 1851 (*supra*, n°s 153 et suiv.).

Mais d'ailleurs il jouit de tous les droits civils; ainsi, avant la loi du 14 juillet 1819, il aurait pu recevoir en France, de la même manière que les Français;

Il peut adopter ou être adopté, pourvu qu'il n'en soit pas empêché par la loi personnelle de son pays;

Il peut assigner ses adversaires devant les tribunaux français (art. 14); comme il peut y être assigné lui-même (comp. Cass., 23 juill. 1855, Collett, Dev., 1856, I, 148);

Il est dispensé de fournir la caution *judicatum solvi* (art. 16);

Il n'est plus soumis à la contrainte par corps que dans les mêmes cas où le Français y serait soumis lui-même (art. 14 et 15 de la loi du 17 avril 1832; *voy.* la loi du 22 juill. 1867);

Il peut dès lors invoquer le bénéfice de cession de biens (art. 905, Cod. de procéd.);

Il peut réclamer le bénéfice de l'article 2121, relatif à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs (comp. Bordeaux, 14 juill. 1845, Palmer, Dev., 1846, II, 394: Metz, 6 juill. 1853, Viennet, Dev., 1853, II, 547; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 279).

Mais peut-il, s'il est assigné lui-même en France par un étranger, demander la caution *judicatum solvi?*

Peut-il exercer la contrainte par corps contre un étranger, dans les mêmes cas où un Français le pourrait?

La négative est généralement suivie dans la pratique et dans la jurisprudence, en ce qui concerne surtout la contrainte par corps:

On dit que l'article 14 de la loi du 17 avril 1832 accorde spécialement et nominativement ce droit *au Français*, et que c'est là d'ailleurs un droit rigoureux, introduit plutôt par mesure politique que par la raison civile (comp. Douai, 7 mai 1828, William Robert, Sirey, 1829, II, 79; Paris, 8 janvier 1831, Wright, Dev., 1831, II, 100; Paris, 21 mars 1842, Lawson, Dev., 1845, II, 16; Coin-Delisle, art. 13, n° 7; Fœlix, p. 322; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 280 et t. VI, p. 46; Troplong, *de la Contr. par corps*, n°s 497, 498, 500).

Il me semble pourtant que l'opinion contraire est plus conforme aux textes et aux principes:

D'après l'article 13, l'étranger jouit, en vertu du décret, *de tous les droits civils;* or, le droit de demander la caution *judicatum solvi*, le droit d'exercer la contrainte par corps, sont des droits civils; donc, il doit en jouir.

On objecte que l'article 14 de la loi du 17 avril 1832 ne parle que du *Français !* Mais il le fallait bien, puisqu'elle opposait, dans ce cas, le *Français* en général à l'*étranger* en général; mais ces termes ne nous paraissent pas exclusifs de l'étranger, qui jouit de *tous les droits civils* en France; c'est ainsi que l'article 905 du Code de procédure refuse le bénéfice de cession de biens à l'*étranger ;* ce qui n'empêche pas de l'accorder à l'*étranger* admis à établir son domicile en France.

En principe d'ailleurs et en raison, cette distinction entre les droits civils plus ou moins rigoureux, plus ou moins exceptionnels, me paraît arbitraire; et je ne vois pas comment, après avoir accordé à l'étranger domicilié le droit de demander la caution *judicatum solvi* (Orléans, 26 juin 1828, Sinnett, D., 1828, II, 164; Cass., 15 avril 1842, Picola, Dev., 1842, I, 473), on peut logiquement lui refuser le droit d'exercer la contrainte par corps.

Remarquez enfin que l'étranger, autorisé à fixer son domicile en France, y aura son principal établissement, et plus souvent ses propriétés, sa fortune, et que dès lors il a intérêt, il a droit à être protégé, comme le Français lui-même, comme les autres étrangers, qui ne lui offrent pas les mêmes garanties qu'il leur présente

Je penserais donc que l'étranger, domicilié en France en vertu de l'autorisation de l'Empereur, y jouit, comme dit le texte, *de tous les droits civils,* à moins d'une exception spéciale, comme celle qui est écrite dans l'article 980 (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 180; Cass., 23 avril 1828, Bilhas, D., 1824, I, 223; Paris, 5 déc. 1844, Dremmler, Dev., 1844, II, 617; Pardessus, *Cours de dr. commerc.*, t. V, n° 1528).

267. — Pourrait-il être tuteur?

L'affirmative serait souvent, dans ce cas, plus désirable encore que dans tous les autres (*supra,* n° 245); et je ne serais pas surpris qu'elle l'emportât alors dans la pra-

tique (comp. Bastia, 5 juin 1838, Ersa, Dev., 1838, II, 430; Devilleneuve, 1861, II, 209, *Observations*).

Toutefois, je ne pense pas que, logiquement, ce droit lui appartienne, parce qu'il constitue, suivant l'expression de Zachariæ (t. I, p. 160), une dépendance de l'état politique.

C'est par cette même raison que je ne pense pas que l'étranger, dans le cas prévu par l'article 13, puisse non plus exercer la profession d'avocat (comp. conseil de l'Ordre des avocats de Marseille, 12 août 1840. Dev., 1840, II, 533; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 280; De Fréminville, *de la Minorité*, I, 146).

268. — L'étranger, autorisé par le Chef de l'État à s'établir en France, y acquiert-il un véritable domicile?

Cette question, de savoir si un étranger peut être véritablement domicilié en France, est très-controversée; elle a fait naître trois systèmes :

Le premier soutient que l'étranger ne peut avoir de domicile en France en aucun cas, et lors même qu'il a été autorisé à s'y établir. D'après les principes de la matière (*infra*, n° 354), une personne n'acquiert pas de domicile dans un lieu où elle ne demeure qu'accidentellement, que passagèrement; ce qui fait, au contraire, le domicile, c'est la volonté de s'établir dans un lieu d'une manière fixe, définitive, et, pour ainsi dire, perpétuelle; or, cette volonté ne peut pas être présumée chez l'étranger; on doit croire qu'il conserve l'esprit de retour dans son pays, et qu'il y retournera en effet tôt ou tard; donc, il ne saurait avoir de domicile en France, tant qu'il est toujours étranger (Comp. Cass., 5 mai 1875, Forgo, Dev., 1875-I-409).

Le second système, au contraire, professe que l'étranger peut avoir un domicile en France dans tous les cas, et lors même qu'il n'a pas été autorisé à s'y établir. Le domicile est au lieu du principal établissement (art. 102); or, un étranger peut sans aucun

doute avoir son principal établissement en France; s'il est vrai qu'une habitation passagère et provisoire dans un lieu ne puisse pas constituer le domicile, il ne faut pas non plus exagérer ce principe, en soumettant, d'une manière trop absolue, à la perte de l'esprit de retour dans l'ancien domicile l'acquisition d'un domicile nouveau. Ainsi, le domestique, qui demeure dans la maison de son maître, a le même domicile que celui-ci (art. 109); et certes il est très-possible qu'il ait conservé l'esprit de retour dans son domicile antérieur, pour le temps où il sera rendu à lui-même. Si l'article 102 ne parle que du Français, c'est, d'une part, qu'il statue sur le cas le plus général, et d'autre part qu'il a voulu aussi distinguer le domicile civil du domicile politique, distinction tout à fait inapplicable à l'étranger. Quant à l'article 13, il n'a pas pour objet de décider dans quels cas l'étranger sera ou ne sera pas domicilié en France, mais uniquement dans quels cas il y jouira des droits civils. L'avis du conseil d'État du 20 prairial an XI, que l'opinion contraire invoque, n'est relatif qu'au domicile, dont parle l'article 13 du Code Napoléon, et doit, par conséquent, être entendu de la même manière (comp. Merlin, t. XVI, *Rép.*, v° *Domicile*, § 13; Valette sur Proudhon, t. I, p. 237, note *A;* Richelot, t. I, p. 312, note 1; Cass., 24 avril 1827, Drivier-Cooper, Sirey, 1828, I, 212; Paris, 15 mars 1831, Bonar, D., 1831, II, 112; Cass., 17 juillet 1833, D., 1836, II, 57; *voy.* aussi Besançon, 25 juin 1860, Comm. de Trévilliers, Dev., 1860, II, 591; Cass., 21 juin 1861, Cazanova, Dev., 1861, I, 800; Alger, 21 mars 1860, Frentzal, Dev., 1861, II, 65; Cass., 31 déc. 1862, Comm. de Trévilliers, Dev., 1863, I, 79; Cass., 19 mars 1872, Craven, Dev., 1872, I, 238; Aix, 20 août 1872, Rieffel, Dev., 1873, II, 265; Cass., 7 juill. 1874, Specht, Dev., 1875-1-19).

Enfin, la troisième opinion, qui me paraît préférable, enseigne que l'étranger peut avoir un domicile en France,

mais seulement dans le cas de l'article 13, c'est-à-dire lorsqu'il a été autorisé à s'y établir, et aussi, bien entendu, dans le cas de l'article 11.

En règle générale, les lois françaises sont faites pour les Français; et en particulier, la loi sur le domicile ne s'occupe que des Français (art. 102); or, aucun texte n'a rendu cette loi applicable aux étrangers; donc, ils ne peuvent avoir en France qu'une résidence de fait, plus ou moins fixe et prolongée.

Voici un étranger, qui se présente à la municipalité d'une commune, pour déclarer qu'il a l'intention d'établir son domicile dans cette commune; et il requiert l'officier municipal d'inscrire sa déclaration sur le registre qui est tenu à cet effet.

L'officier municipal doit-il déférer à cette réquisition?

Nous ne le pensons pas.

Ces registres-là sont tenus pour les Français, et non pour les étrangers.

Vous vous proposez, dites-vous, de vous établir en France!

Établissez-vous donc! nous n'avons rien à y reprendre; mais nous n'avons pas non plus à constater authentiquement votre dessein. Votre établissement, à vous étranger, ne sera toujours qu'une résidence plus ou moins prolongée, plus ou moins caractérisée, mais qui n'aura pas le caractère légal du domicile français, si vous n'avez pas obtenu d'autorisation!

Cette résidence, sans doute, est susceptible elle-même de certains effets (art. 59, 69 8° Cod. de procéd.).

Mais nous ne croyons pas qu'elle puisse être considérée comme un domicile légal, ni produire les effets civils que les lois françaises y attachent (art. 7, 11, 13). Ainsi, par exemple, les lois qui parlent de l'étranger *domicilié en France*, sans rien ajouter de plus, ne sont applicables, suivant nous, qu'à l'étranger qui a obtenu l'autorisation

de s'y établir; c'est celui-là seulement qu'il est permis d'appeler au service de la garde nationale (art. 10 de la loi du 22 mars 1831); c'est celui-là seulement qui me paraît aussi devoir être exempt de la contrainte par corps, d'après l'article 14 de la loi du 17 avril 1832 (Paris, 25 août 1842, Carlier d'Abounza, Dev., 1842, II, 372; Paris, 5 déc. 1844, Dremmler, Dev., 1844, II, 617; Paris, 14 juill. 1871, Bergold, Dev., 1871, II, 141; Tribun. civ. du Havre, 22 août 1872, Myers, Dev., 872, II, 313; Paris, 29 juill. 1872, Morand, Dev., 1873, II, 148).

M. Richelot, au contraire, accorde l'exemption de la contrainte par corps à tout étranger domicilié de fait et sans aucune autorisation (t. I, p. 315); mais je pense que l'autorisation impériale est tout à la fois la condition, la preuve et la garantie du domicile de l'étranger en France; et s'il est vrai que l'article 13 n'ait pas eu pour object direct et principal de résoudre notre question même, il me semble qu'il ne l'en a pas moins résolue, quoique implicitement (comp. Duranton, t. I, n° 353; Coin-Delisle, art. 13, n° 11; Pardessus, *Droit commerc.*, t. V, n° 1524; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 262; Paris, 16 août 1811, princesse Poniatowska, Sirey, 1811, II, 446; Cass., 2 juillet 1822, Berembrock, Sirey, 1822, I, 413).

268 *bis.* — De ce que l'étranger, dans le cas de l'article 13, doit être considéré comme domicilié en France, faut-il conclure que sa succession mobilière sera régie par la loi française?

J'ai dit plus haut (n° 94), pourquoi il me semble qu'en règle générale, la succession de l'étranger, à l'égard des meubles qu'il laisse en France, doit être régie par la loi étrangère.

La Cour de Paris avait appliqué ce principe même au cas où l'étranger a été autorisé, suivant l'article 13, à établir son domicile en France:

« Considérant que, *dans tous les cas*, la disposition « du mobilier d'un étranger, existant dans le lieu « où il habitait, est soumise à la législation de son « pays.... »

Mais cet arrêt a été cassé (Cass., 7 nov. 1826, Thornton, Sirey, 1827, I, 250; *voy.* aussi Riom, 7 avril 1835, Onslow, D., 1836, II, 57).

Et je pense, en effet, que la doctrine de la Cour suprême est plus conforme aux principes et au texte même de l'article 13 :

1° On a toujours considéré que la succession mobilière était soumise à la loi du domicile du défunt, c'est-à-dire à la loi du lieu même où la succession s'ouvre (art. 110). Il est vrai que ce principe, appliqué aux successions mobilières des étrangers domiciliés en France, est loin d'avoir la même force qu'autrefois, lorsqu'on l'invoquait seulement pour déterminer, entre plusieurs coutumes, très-diverses à la vérité, mais néanmoins toutes nationales, laquelle réglerait la succession des meubles du Français décédé; mais le motif de raison et d'utilité, sur lequel l'ancien principe reposait, existe encore pourtant dans notre hypothèse. Le domicile suppose un établissement sérieux et durable; ce ne sera donc pas le hasard ni une circonstance accidentelle quelconque qui décidera du droit des successeurs aux meubles (*supra*, n° 94); au contraire, l'application de la loi française à la succession mobilière de l'étranger installé à poste fixe, établi, domicilié enfin chez nous depuis longtemps peut-être, sera presque toujours, en fait, ce qu'il y aura de plus simple et de plus raisonnable; or, cette considération a une très-grande puissance, dans une matière surtout qui n'est régie par aucun texte, et dont les principes mêmes, il faut bien le dire, sont aussi très-peu arrêtés.

2° L'étranger, admis par le Chef de l'État à établir son domicile en France, y jouit de tous les droits civils; or,

que signifient ces mots, si ce n'est que les lois civiles françaises lui deviennent applicables, qu'il peut les invoquer, comme aussi, par une réciprocité inévitable, elles peuvent lui être opposées? Il est vrai qu'il demeure toujours soumis aux lois personnelles de son pays; mais du moins la conséquence de l'article 13 est-elle de soumettre au statut réel français tous les biens, quels qu'ils soient, meubles ou immeubles, qu'il possède en France.

Et même, il nous paraît aussi logique d'appliquer le même principe aux meubles, qu'il aurait laissés en pays étranger (comp. Paris, 25 mai 1852, de Veine, Dev., 1852, II, 289; Cass., 28 juin 1852, Bréard, Dev., 1852, I, 537; Bordeaux, 17 août 1853, hospices de Bordeaux, Dev., 1854, II, 657; Rodière, *Revue de législ.*, 1850, t. I, p. 180 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 280; Cass., 22 .... 1865, Chika; et Pau, 6 juin 1864, Berroguy, Dev., 1865, I, 175, et II, 105).

269. — Les effets de l'autorisation sont-ils personnels à l'étranger lui-même? ou doivent-ils s'étendre à sa femme, et à ses enfants nés ou conçus soit avant, soit depuis l'autorisation accordée?

Zachariæ enseigne qu'ils s'étendent à sa femme (art. 12), et à ses enfants en sa puissance (t. I, p. 162); et cette opinion paraît d'abord fondée, puisqu'il ne s'agit pas ici de les dénationaliser, mais de leur conférer un avantage sans danger pour eux (*supra*, n° 175; ajout. Demante, t. I, n° 28 *bis*, III; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 281; *voy.* aussi Bordeaux, 14 juill. 1845, Palmer, Dev., 1846, II, 394).

Pourtant, je pense qu'en principe, les effets de l'autorisation sont personnels; telle est, en matière de concession et d'autorisation, la règle générale; et je ne vois pas de motif suffisant pour y déroger dans notre hypothèse.

Cette opinion n'a pas d'inconvénient, puisque si

l'étranger désire l'autorisation pour toute sa famille, il lui est loisible de la demander; et elle a de plus l'avantage de ne pas étendre, de plein droit, à sa femme et à ses enfants l'effet d'une autorisation qu'il n'a demandée et obtenue que pour lui-même. En ne la demandant pas aussi pour sa famille, il a pu avoir ses motifs; il a pu craindre de l'exposer, dans son pays, à quelque défaveur, à quelque déchéance peut-être (comp. Richelot, t I, p. 77; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 74).

270. — Enfin sous quelles conditions l'autorisation est-elle accordée?

La première condition imposée à l'étranger, c'est de fixer effectivement son domicile en France, par le fait d'une habitation réelle, accompagnée d'une déclaration à la municipalité du lieu où il veut établir son domicile, déclaration toutefois qui peut être suppléée par les circonstances (art. 103, 105; comp. Douai, 9 déc. 1829, Tardieu, Dev., 1832, II, 648; Bordeaux, 14 juill. 1845; Palmer, Dev., 1846, II, 349).

Il faut aussi qu'il continue d'y résider; mais une absence momentanée, un voyage accidentel même dans son pays, ne suffiraient pas pour lui faire perdre son domicile en France; la loi doit être entendue dans un sens raisonnable; et elle n'a pas pu vouloir défendre toute espèce de déplacement.

Enfin, l'autorisation est révocable, lorsque le gouvernement, par des motifs qu'il lui appartient souverainement d'apprécier, croit devoir la retirer (Paris, 25 avril 1834, Boode, Dev., 1834, II, 494; avis du conseil d'État du 20 prairial an XI; loi du 3 décembre 1849, art. 3).

TITRE DEUXIÈME.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SOMMAIRE.

271. — Transition. — Importance et nécessité de la rédaction des actes de l'état civil.
272. — Les naissances, les mariages et les décès doivent surtout être constatés.
273. — Quels actes doivent aussi être portés sur les registres de l'état civil?
274. — Division générale de ce titre.

271. — La place de ce titre était naturellement marquée dans le livre premier; car, les actes de l'état civil sont des procès-verbaux destinés à recevoir et à conserver la preuve des principaux événements relatifs à l'état des personnes.

La rédaction de ces actes était commandée par les plus puissantes considérations.

Et d'abord, l'intérêt général l'exigeait doublement :

1° Il n'est pas possible que, dans un pays civilisé, une naissance ou un décès aient lieu, sans que l'autorité publique en soit avertie et en recueille la preuve. C'est donc, avant tout, par un motif de prévoyance sociale et de haute police, que le fait même des naissances et des décès doit être constaté (art. 346, Cod. pén.; Cass., 2 sept. 1843, Muret, Dev., 1843, I, 801).

Aussi, les articles 56 du Code Napoléon et 346 du Code pénal sont-ils applicables même aux étrangers (art. 3).

2° En tant que ces actes ont pour but de constater l'état des personnes, leurs rapports de famille, leurs qualités d'époux, de père, d'enfant légitime ou naturel, ou adoptif, etc., ils intéressent encore au plus haut de-

gré la société tout entière, qui repose, ainsi que nous l'avons dit, sur cette organisation des familles, sur ce règlement souverain des différentes qualités, dont l'ensemble constitue, pour chacun, son état civil ou privé.

Sous un autre rapport, il importe aux particuliers, il importe à chacun de nous, de pouvoir toujours fournir la preuve de son individualité, de son âge, de ses droits de famille, de son état civil enfin; comme aussi de pouvoir toujours se procurer la preuve de l'individualité, de l'âge, de l'état civil des tiers avec lesquels il est en relation.

Voilà pourquoi le dépôt des actes de l'état civil est public et ouvert à quiconque veut s'en faire délivrer des extraits (art. 45).

272. — Trois événements surtout doivent être constatés : les naissances, les mariages et les décès, c'est-à-dire les trois événements principaux qui signalent le passage de l'homme sur la terre, et qui exercent sur son état civil la plus importante influence.

L'acte de naissance est nécessaire pour établir :

1° Toujours, le fait absolu de la naissance;

2° Presque toujours, ou du moins le plus souvent, le fait relatif de la filiation.

Il faut constater d'abord qu'un individu est né, et conserver la preuve de son individualité, de sa nationalité, de son âge, preuve qui établira plus tard aussi sa minorité ou sa majorité, son aptitude à exercer telles ou telles fonctions publiques, etc..., voilà le fait absolu.

Il faut ensuite, quand on le peut, constater sa filiation, c'est-à-dire indiquer les noms de ses père et mère, et établir ainsi à quelle famille, à quels parents il se rattache...; voilà le fait relatif.

L'acte de mariage est nécessaire pour établir la légitimité de l'union de l'homme et de la femme, et pour lui assurer tous les effets civils, soit à l'égard des époux, soit à l'égard des enfants, soit à l'égard des tiers.

Enfin, l'acte de décès n'est pas moins indispensable pour constater le fait absolu du décès, l'individualité de la personne décédée, et pour servir de preuve à tous les intéressés, dont cet événement peut changer l'état, modifier la capacité et ouvrir les droits.

C'est ainsi que la mort de l'un des époux change la condition de l'autre, qui redevient libre (art. 147, 227).

C'est ainsi que la mort d'un ascendant rend quelquefois l'enfant capable de se marier, sans être tenu d'obtenir le consentement de personne (art. 160).

Le décès d'ailleurs est l'événement qui ouvre la succession (art. 718), et beaucoup d'autres droits encore (art. 895, etc.).

273. — Les registres de l'état civil étant principalement destinés à recevoir la preuve des naissances, mariages et décès, il faut y inscrire tous les actes ou jugements qui se rapportent à ces trois événements.

Cette observation s'applique :

1° A la reconnaissance volontaire ou forcée d'un enfant naturel (art. 62, 334, 341);

2° A l'adoption, qui crée aussi des rapports de paternité et de filiation (art. 359);

3° Aux jugements, qui admettent soit l'action en réclamation d'état d'un enfant légitime (art. 323), soit, au contraire, le désaveu formé par le mari contre l'enfant de sa femme (art. 312-315);

4° Au mariage célébré en pays étranger (art. 171), et autrefois au divorce (art. 294);

5° A tous jugements enfin, qui constateraient, dans quelque circonstance que ce fût, une naissance, un mariage ou un décès, ou qui prononceraient sur des rapports de paternité et de filiation (art. 46, 101, 198, Cod. Nap.; 857, Cod. de Procéd.).

D'autres événements peuvent aussi exercer beaucoup d'influence sur l'état et sur la capacité des personnes : la

séparation de corps, et même de biens seulement, entre époux (art. 306 et suiv.); l'émancipation du mineur (art. 476 et suiv.); l'interdiction (art. 489, 512); la nomination d'un conseil judiciaire (art. 513).

Mais ces faits, ne se rattachant pas essentiellement aux trois événements principaux qui font l'objet des registres de l'état civil, ne doivent pas y être mentionnés. La loi a craint sans doute de surcharger par trop ces registres, et de rendre ainsi plus difficile la recherche des actes importants, auxquels ils sont, avant tout, destinés (*voy.* toutefois *le Casier de l'Etat civil*, par M. d'Albiousse, *Revue pratique de droit français*, 1862, t. XIII, p. 332 et suiv.; le *Mémoire sur la centralisation des actes de l'état civil*, par M. le Dr Loir, *Revue pratique de droit franç.*, 1862, t. XV, p. 417 et suiv.; et 1863, t. XVI, p. 316 et suiv.; et le compte rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques, 1863, p. 215 et suiv.).

Les autres événements, dont je viens de parler, sont d'ailleurs constatés d'une manière différente; et quelques-uns même sont soumis à des conditions spéciales de publicité. Ainsi, l'acte d'émancipation est constaté par les registres du greffe de la justice de paix (art. 477, 478); les jugements de séparation de corps, d'interdiction, de nomination de conseil judiciaire, sont constatés par les registres des greffiers des tribunaux, et doivent, en outre, être affichés (art. 501, Cod. Nap., 880,897, Cod. de Procéd.; *voy.* aussi art. 1445, Cod. Nap., 872, Cod. de Procéd.).

274. — Nous diviserons ce sujet en trois chapitres; et nous traiterons :

Dans le premier, de la tenue des registres et de la rédaction des actes de l'état civil;

Dans le second, de la preuve légale qui en résulte;

Dans le troisième, des moyens à employer : 1° lorsqu'il n'a point existé de registres ou qu'ils ont été perdus; 2° lorsqu'il y a lieu de rectifier les actes de l'état civil.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA TENUE DES REGISTRES, ET DE LA RÉDACTION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SOMMAIRE.

275. — Division du chapitre Ier.

275. — La loi trace, à cet égard, deux ordres de règles :

Les unes générales, concernant les actes de l'état civil faits en France, dans les circonstances ordinaires;

Les autres spéciales, concernant les actes de l'état civil faits dans certaines situations exceptionnelles.

SECTION I.

RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA TENUE ET LA RÉDACTION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL DANS LES CIRCONSTANCES ORDINAIRES.

SOMMAIRE.

276. — Quelles personnes figurent dans les actes de l'état civil? et quelles conditions doivent y être observées?

§ I.

Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.

277. — Trois sortes de personnes figurent dans les actes de l'état civil.
278. — A. De l'officier de l'état civil.
279. — De sa compétence.
280. — B. Des témoins.
281. — Les étrangers peuvent-ils être témoins dans les actes de l'état civil?
282. — Du nombre des témoins.
283. — C. Des comparants ou déclarants, ou parties intéressées.
284. — Les parties intéressées sont-elles obligées de comparaître en personne? — *Quid*, des comparants?

§ II.

Des conditions et des formalités à observer dans les actes de l'état civil.

N° 1. — *Des actes de naissance.*

N° 2. — *Des actes de mariage.*

N° 3. — *Des actes de décès.*

276. — Quelles personnes figurent dans les actes de l'état civil?

Quelles conditions, extrinsèques et intrinsèques, doivent être observées dans la rédaction de ces actes?

Telles sont les deux questions que nous devons examiner ici.

277. — § 1. Trois sortes de personnes figurent, en général, dans les actes de l'état civil : l'officier public, les témoins, et les comparants ou déclarants, ou quelquefois, suivant les cas, les parties intéressées elles-mêmes (comp. art. 36, 39, 56).

Il faut toutefois excepter l'acte de décès, qui est rédigé sur la *déclaration* de deux *témoins* (art. 78), lesquels remplissent ainsi le double rôle de témoins et de déclarants (*infra*, n° 303).

278. — A. *De l'officier de l'état civil.*

Les premiers registres de l'état civil furent tenus, en France, par le clergé; et plusieurs ordonnances avaient déclaré que les actes de l'état civil dressés par les curés feraient preuve en justice (Ordonn. de 1539, de Villers-Cotterets, art. 50, 51; de 1579, de Blois, art. 181; de 1667, tit. xx, art. 7-20).

La condition des protestants fut même, à cet égard, très-précaire et très-difficile depuis la révocation de l'édit de Nantes (octobre 1685), jusqu'à l'édit du 18 novembre

1787, par lequel Louis XVI donna aux officiers de justice la charge de dresser les actes de l'état civil des protestants (Merlin, *Rép.*, v° *Religionnaires*).

Enfin, la loi du 20 septembre 1792, consacrant la séparation de l'Église et de l'État, de l'ordre religieux et de l'ordre civil, confia aux municipalités le soin de recevoir et de conserver, à l'avenir, les actes destinés à constater les naissances, mariages et décès (art. 1); et ces fonctions sont encore aujourd'hui attribuées aux maires et aux adjoints par la loi du 28 pluviôse an VIII (art. 13 et 16; *voy.* aussi art. 55 de la loi du 18 germinal an X, et art. 199 et 200, Cod. pén.).

Il importe de remarquer que les maires et les adjoints ne sont point, dans cet ordre d'attributions, des agents du gouvernement, des agents administratifs, mais bien des délégués de la loi et des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, placés, en effet, sous la surveillance du procureur impérial et la juridiction du tribunal civil d'arrondissement (art. 53).

D'où il faut conclure :

1° Qu'ils peuvent être traduits directement devant les tribunaux à raison de l'exercice de leurs fonctions d'officiers de l'état civil, sans avoir droit au bénéfice de l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII, d'après lequel les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du conseil d'État (avis du cons. d'État du 31 juillet 1806, Sirey, 1813, II, 296; Ordonn. du cons. d'État des 22 mars 1841, Marc Thomas; et 15 juin 1841, Demard, D., 1841, III, 343 et 384; comp. Pau, 16 mai 1853, d'Etchaudy, Dev., 1853, II, 491; Marcadé, *Rev. crit. de jurispr.*, 1854, t. IV, p. 505 et suiv.);

2° Que l'adjoint peut recevoir les actes de l'état civil, sans une délégation spéciale du maire (Angers, 25 mai 1822, Hamon, Sirey, 1823, II, 105). Je préfère la doc-

trine de cet arrêt à une instruction ministérielle du 30 juillet 1807, qui exige, au contraire, que l'adjoint obtienne cette délégation, et même qu'il la mentionne dans les actes par lui reçus; il me semble que la nécessité de cette délégation ne devrait s'appliquer qu'aux fonctions administratives, qui sont, en effet, confiées d'abord et principalement au maire lui-même (décret du 4 juin 1806, art. 5; loi du 21 mars 1831, art. 5; loi du 18 juillet 1837, art. 14); mais non point aux fonctions toutes distinctes d'officiers de l'état civil, que les articles 15 et 16 de la loi du 28 pluviôse an VIII attribuent, concurremment et collectivement, aux maires et aux adjoints (comp. loi sur l'organisation municipale du 5 mai 1855, art. 3, alin. 2; Desclozeaux, *Encyclop. du dr.*, v° *Actes de l'état civil*, n° 12; Coin-Delisle, *Actes de l'état civil*, introd., n°s 8 et 9).

Cette dernière déduction toutefois est fort controversée (comp. Metz 19 août 1824, Sirey, 1825, II, 296; Rief, *des Actes de l'état civil*, n° 22; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 175).

279. — Au reste, la compétence des officiers de l'état civil n'est pas nettement définie et déterminée par nos lois; et voici, par exemple, deux questions fort graves qui s'agitent encore :

1° Pourraient-ils recevoir des actes de l'état civil hors du territoire de leur commune?

2° Pourraient-ils recevoir des actes de l'état civil, dans lesquels leurs proches parents ou eux-mêmes seraient personnellement intéressés?

1° En principe, le maire et les adjoints d'une commune n'ont d'autorité et de caractère public que dans les limites de cette commune.

L'application de cette règle ne paraît pas devoir souffrir de difficulté, en ce qui concerne les actes de naissance et de décès, ou même de reconnaissance d'enfant naturel (art. 62; Coin-Delisle, sur cet article n° 3). Je

crois donc que l'officier de l'état civil d'une commune est toujours compétent pour recevoir les actes de naissance, de décès, de reconnaissance, qui ont lieu dans sa commune, et qu'il est le seul compétent, lors même qu'il s'agit d'individus étrangers à sa commune (art. 55, 82).

Quant à la célébration du mariage, sa compétence n'est pas purement territoriale; elle devient aussi personnelle, puisque le mariage ne peut être célébré que devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties (art. 165). Un maire ne pourrait donc pas, même dans sa commune, célébrer le mariage de deux personnes, qui n'y seraient ni l'une ni l'autre domiciliées.

Mais pourrait-il célébrer, hors de sa commune, le mariage de deux personnes qui seraient domiciliées ou dont l'une au moins serait domiciliée dans sa commune? sa compétence, en un mot, à l'égard du mariage, cesse-t-elle d'être purement territoriale pour devenir purement personnelle? ou bien au contraire, continue-t-elle d'être territoriale, en devenant aussi personnelle? c'est là une question fort délicate, qui ne peut être décidée qu'au titre même du mariage (art. 74, 165, 192, 193), et que nous devons dès lors ajourner.

En ce qui concerne l'adoption, *voy.* l'article 359.

2° Une lettre du garde des sceaux du 21 juillet 1818, citée par M. Hutteau-d'Origny (*de l'État civil,* tit. II, ch. II, n° 3), porte que l'officier de l'état civil doit s'abstenir, lorsqu'il s'agit de constater la naissance, le mariage ou le décès de ses propres enfants, et, en général, toutes les fois qu'il est du nombre des personnes, dont la déclaration, le consentement ou le témoignage sont requis pour la validité de l'acte.

Ces instructions sont assurément très-sages; et les officiers de l'état civil ne sauraient mieux faire que de s'y conformer; mais elles n'ont toutefois, bien entendu, aucune force légale.

On avait proposé d'appliquer aux officiers de l'état

civil les articles 8 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui défendent aux notaires, sous peine de nullité, de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. Mais il n'est pas possible d'étendre, par analogie, une telle disposition, qui n'est, pour les notaires eux-mêmes, dit Merlin, qu'une exception au droit commun, d'après lequel ils doivent prêter leur ministère à toutes les personnes, qui les en requièrent (*Rép.*, t. XVII, p. 62, *Actes de l'état civil*). Ajoutez d'ailleurs que l'analogie n'existe pas; c'est ainsi que nous verrons que les parents des parties peuvent être témoins dans les actes de l'état civil (art. 37), et ne peuvent pas l'être, au contraire, dans les actes notariés (art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI).

Il n'y a donc pas de texte législatif sur ce point; et il faut dès lors reconnaître que si l'officier de l'état civil avait dressé les actes de naissance, de mariage ou de décès de ses parents, même de ses propres enfants, on ne pourrait point, par ce seul motif, les déclarer nuls; d'autant plus, ainsi que nous le dirons bientôt, que la loi n'a prononcé nulle part la nullité des actes de l'état civil, et a laissé, sur ce point, la plus grande latitude d'appréciation aux magistrats, qui se décident, en ces sortes d'occasions, d'après les circonstances particulières du fait.

Mais faut-il aller jusqu'à dire que, si l'officier de l'état civil avait célébré lui même son propre mariage, cet acte pourrait aussi être déclaré valable?

Coin-Delisle (*Actes de l'état civil*, Introd., n° 12) pense que cette conséquence elle-même pourrait être admise dans le cas où le fait se serait passé dans une commune rurale, dont les habitants seraient illettrés, où toutes les parties seraient de bonne foi, où les plus proches parents

de part et d'autre, témoins du mariage, n'auraient élevé aucune réclamation.

La vérité est que l'absence de texte à cet égard, et la liberté d'appréciation laissée par les articles 192 et 193 aux magistrats, précisément en ce qui concerne la compétence de l'officier de l'état civil pour la célébration du mariage, pourraient faire triompher cette solution dans la pratique, si la faveur des faits était bien grande.

Mais pourtant nous aimons mieux dire, en principe, avec Merlin (*Rép.*, t. XVII, p. 62), que la nature même des choses s'oppose, dans ce cas, à la compétence de l'officier public, qui ne pourrait cumuler le rôle de partie avec celui de témoin; il n'y a vraiment plus alors d'officier public; tandis qu'il y en a toujours, lorsque le maire reçoit un acte de l'état civil concernant l'un de ses enfants.

Coin-Delisle invoque des lois romaines, qui permettaient au magistrat de faire lui-même les actes de juridiction volontaire ou gracieuse, dans lesquels il était partie (L. 2 et 3, ff. *De adoptionibus;* L. 2, ff. *De off. præsid.*); et il ajoute que, si le principe que nul ne peut être témoin dans sa propre cause, est général en matière contentieuse, c'est qu'il s'agit toujours de prouver contre les droits de la partie adverse; tandis que, lorsque l'officier de l'état civil reçoit un acte de son ministère, cet acte même peut conférer des droits à un tiers.

Mais d'une part, aucun texte n'a reproduit, chez nous, cette distinction; et, d'autre part, il nous semble que le motif sur lequel on la fonde, n'est pas déterminant, puisqu'il peut très-souvent arriver que l'acte de juridiction volontaire ou gracieuse attribue des droits à l'officier public, lequel se ferait ainsi un titre à lui-même contre les tiers.

280. — B. *Des témoins.*

« Les témoins produits aux actes de l'état civil ne « pourront être que du sexe masculin, âgés de vingt et

« un ans au moins, parents ou autres; ils seront choisis « par les personnes intéressées. » (Art. 37.)

Deux conditions seulement sont donc exigées des témoins : ils doivent être mâles et âgés de vingt et un ans; ce qui n'est pas nécessairement, dans ce cas particulier, synonyme de majeur (art. 488); car, si, par exemple, la majorité était retardée par une loi nouvelle jusqu'à vingt-deux ans, je pense que notre article n'en resterait pas moins tel qu'il est, n'exigeant que l'âge de vingt et un ans

La loi du 25 ventôse an XI est, à cet égard, bien plus sévère; les témoins, dans les actes notariés, doivent être citoyens français, sachant signer, domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé, et non parents ni alliés, jusqu'au troisième degré inclusivement, soit du notaire, soit des parties (art. 8-10).

Aucune de ces conditions n'est requise des témoins dans les actes de l'état civil : d'une part, on a dû craindre d'entraver la rédaction de ces actes nécessaires, qui doivent être le plus souvent rédigés dans un bref délai, en exigeant dans les témoins des qualités difficiles à rencontrer, surtout dans les campagnes; d'autre part, le motif qui a fait écarter, pour les actes notariés, le témoignage des parents des parties contractantes, n'existe pas ici. Dans les conventions ordinaires, la communauté possible et même ordinaire d'intérêts, a dû faire craindre la complaisance, la partialité coupable des témoins parents des parties; tandis que, dans les actes de l'état civil, l'intérêt des parents, presque toujours blessé par le fait constaté, est, au contraire, une garantie de plus de la fidélité de leur témoignage; un frère, par exemple n'aurait il pas intérêt à ce que son frère n'eût pas d'enfant, s'il était son héritier présomptif? quel témoignag serait donc meilleur que le sien dans l'acte de naissance?

281. — Mais est-ce à dire que les étrangers puissent être témoins dans les actes de l'état civil?

Cette question peut paraître délicate; nous avions même pensé d'abord qu'elle devait être résolue négativement :

Quel est, en effet, le rôle des témoins? quelle est leur mission? c'est sans doute de constater l'identité des déclarants, de garantir la sincérité de leurs déclarations; mais c'est aussi d'assister l'officier public, de fortifier son témoignage personnel. Bien différents, en cela, des simples déclarants, ils sont requis *solemnitatis causa;* et il semble qu'ils remplissent, eux aussi, une fonction publique; à la vérité, la loi n'exige pas, dans cette occasion, toutes les qualités requises par la loi du 25 ventôse an XI; mais n'est-on pas autorisé à dire que leur mission n'en a pas moins un caractère public, et qu'elle ne peut dès lors être exercée que par des Français? (Comp. Richelot, t. I, p. 139.)

L'opinion commune, toutefois, et aussi la pratique généralement suivie, admettent les étrangers comme témoins dans les actes de l'état civil :

D'une part, l'article 37, qui détermine les conditions requises à cet effet, n'exclut pas les étrangers; et ce silence est surtout notable, lorsqu'on rapproche cet article, soit de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, qui exige que les témoins aux actes notariés soient citoyens français, soit de l'article 980 du Code Napoléon, qui exige que les témoins appelés aux testaments soient Français (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 180);

D'autre part, beaucoup de convenances et de motifs même très-sérieux d'utilité expliquent cette différence, en ce qui concerne les actes de l'état civil. C'est là, en quelque sorte, un bon office rendu aux parties plutôt qu'une attribution du droit privé ou public; n'est-il pas naturel, d'ailleurs, et légitime qu'un père puisse figurer à l'acte de naissance ou de mariage de son enfant? Une famille, enfin, ne peut-elle pas avoir intérêt à ce qu'une

naissance, un mariage ou un décès ne soient pas méconnus par un étranger, et à ce que dès lors il assiste lui-même à l'acte comme témoin?

Aussi, finalement, croyons-nous qu'il y a lieu, en effet, d'admettre les étrangers comme témoins dans les actes de l'état civil. Nous hésitions, il y a dix ans, à proposer cette doctrine: mais dix ans, surtout dans nos sociétés modernes, font bien avancer toutes les questions, comme celle-ci, dont la solution subit l'inévitable influence du temps, des mœurs, des développements des relations internationales et de la civilisation européenne, *usu exigente et humanis necessitatibus!* (*Inst. de jure natur.*, liv. I, tit. II, § 2; Duranton, t. I, n° 138; Rief, n° 34; Coin-Delisle, art. 37, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 180; Valette sur Prudhon, t. I, p. 208.)

282. — Quant au nombre des témoins, il varie suivant les différents actes :

Il est de quatre pour les actes de mariage (art. 75), et de deux pour les actes de naissance et de décès (art. 58 et 78).

Je crois que ce dernier nombre est, en général, tout à la fois nécessaire et suffisant pour les autres cas où la loi n'en exige pas davantage (arg. *a fortiori* de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI; comp. art. 62, 59, 86 et 96, Cod. Nap.).

283. — C. *Des comparants ou déclarants, ou parties intéressées.*

Les parties intéressées sont celles que l'acte concerne : ainsi les futurs époux dans l'acte de célébration de mariage.

Les déclarants ou comparants sont ceux qui sont chargés de faire connaître à l'officier public le fait que l'acte doit constater; ils sont quelquefois aussi les parties intéressées, comme le père qui déclare la naissance de son enfant (art. 56). On conçoit qu'il n'y avait pas lieu d'exiger ici des conditions d'aptitude; les femmes, les mi-

neurs peuvent donc être déclarants, lorsqu'ils se trouvent dans les circonstances de fait par suite desquelles la loi défère cette mission, lorsque, par exemple, ils ont assisté à un accouchement (art. 56). Il est seulement nécessaire, mais il suffit qu'ils soient en état de rendre un témoignage digne de confiance.

284. — Les parties intéressées ne sont pas toujours obligées de comparaître en personne; mais la loi exige, lorsqu'elles se font représenter, que la procuration soit à la fois *spéciale*, afin d'éviter tout abus d'interprétation, et *authentique*, afin de prévenir les embarras et les dangers de la vérification d'écriture (art. 36).

Dans quels cas les parties intéressées doivent-elles nécessairement comparaître en personne?

L'article 294 en présentait un exemple dans le cas de divorce.

Faut-il y ajouter l'acte de célébration du mariage? ou, en d'autres termes, peut-on se marier par procureur? c'est encore une question que j'examinerai au titre du mariage, avec toutes les autres qui s'y rattachent.

Les comparants ou déclarants comparaissent, en général, en personne; cela est, en effet, plus naturel et plus régulier. Néanmoins, je ne verrais légalement aucun obstacle à ce qu'ils se fissent représenter par une personne munie d'une procuration spéciale et authentique, dans laquelle leur déclaration se trouverait constatée (*voy.* même art. 38).

285. — § 2. Parmi les formalités relatives à la confection des actes eux-mêmes, les unes sont, en général, communes à tous les actes; les autres sont particulières à chacun d'eux.

Les premières ont pour but de les mettre à l'abri de la fraude et des accidents de force majeure, d'assurer leur conservation fidèle, de prévenir les faux, les altérations, les suppressions ou intercalations.

En conséquence, les actes doivent être inscrits, dans

chaque commune, sur un ou plusieurs registres (suivant la population de la commune), mais toujours tenus doubles, excepté le registre des publications de mariage (art. 63).

Ces registres doivent être cotés et paraphés page première et dernière, et sur chaque feuille, c'est-à-dire évidemment *sur toutes les pages,* par le président du tribunal de première instance (art. 40, 41; ord. du 23 octobre 1833, art. 2, préférable à la doctrine contraire d'une instruction ministérielle, du 13 mai 1810, art. 13).

Les actes doivent être inscrits sur ces registres, de suite, sans aucun blanc, sans abréviation et en toutes lettres, y compris les dates; les renvois et les ratures doivent être approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte, et non pas seulement paraphés (art. 42; *e contra,* art. 15 de la loi du 25 ventôse an XI).

Les registres sont clos et arrêtés, à la fin de chaque année, par l'officier de l'état civil; et dans le mois[1], chacun des doubles est déposé dans des lieux et sous la garde de deux dépositaires différents : l'un, aux archives de la commune; l'autre, au greffe du tribunal (art. 43).

C'est dans ce dernier endroit, considéré comme le plus sûr, que sont aussi déposées les pièces originales, telles que les procurations, qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, dont elles sont souvent une partie essentielle, et, en quelque sorte, la base; aussi l'officier de l'état civil doit-il avoir le soin de les faire parapher par la personne qui les produit (art. 44; *voy.* aussi art. 63, *in fine*).

C'est encore afin de maintenir entre les registres une

1. Ce délai d'un mois est accordé à l'officier de l'état civil pour la confection des tables alphabétiques, qui doivent être dressées annuellement par lui. Les tables décennales doivent être dressées dans les six premiers mois de la onzième année, par les greffiers des tribunaux (décret du 20 juillet 1807).

exacte conformité, que l'article 49 pourvoit à ce que les mentions qu'il peut être nécessaire d'y ajouter, soient faites dans tous les cas de la même manière sur chacun d'eux (art. 101 Cod. Nap.; 857, Cod. de procéd.).

Quant aux actes eux-mêmes, ils doivent énoncer l'année, le jour et l'heure où ils sont reçus, les prénoms, nom, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés (art. 34); énonciations très-utiles, en effet, pour le cas où l'acte serait attaqué, où l'on soutiendrait, par exemple, qu'il n'a pas été fait à la date qu'il indique, en offrant de prouver que telle personne, qui y est dénommée, ne pouvait pas se trouver ce jour-là dans le lieu où l'acte aurait été passé. Aussi, l'officier public ne doit-il rien omettre de ce qui peut être convenablement inséré pour caractériser l'individualité, l'identité de tous ceux qui figurent dans l'acte; et c'est ainsi qu'il lui est recommandé de ne pas omettre, quand il y a lieu, la qualité de membre de la Légion d'honneur (circ. du ministre de la justice du 3 juillet 1807; comp. Douai, 10 août 1852, du Chambge; et Caen, 13 févr. 1846, de Vilade, Dev., 1853, II, 102 et 106).

L'officier de l'état civil doit donner lecture de l'acte aux parties comparantes ou à leurs fondés de pouvoirs et aux témoins; et il doit être fait mention de cette formalité (art. 38).

Enfin, l'acte de l'état civil reçoit son complément et en quelque sorte sa consécration, comme tous les actes, par les signatures de l'officier public, des comparants et des témoins; la signature des comparants et des témoins n'est pas toutefois indispensable; mais mention doit être faite de la cause qui les empêcherait de signer (art. 39)[1].

1. Afin de diriger les officiers de l'état civil dans la rédaction des actes, et d'en assurer le plus possible la bonne tenue et l'uniformité dans toute l'Europe, l'administration a adressé aux maires des formules, des modèles, bons à suivre, quoiqu'ils n'aient, bien entendu, rien de sacramentel ni d'obligatoire (avis du conseil d'État du 12 thermidor an XII).

286. — Pour garantie de l'accomplissement de ces différentes formalités, et, en général, des autres obligations prescrites par la loi, les officiers de l'état civil et les dépositaires des registres sont soumis à une double responsabilité :

1° A une action en dommages-intérêts de la part des particuliers, qui auraient à se plaindre, soit de faux, d'altérations, d'inscriptions d'actes sur une feuille volante, etc., soit d'énonciations quelconques qui n'auraient pas dû être faites (art. 35), soit enfin d'une négligence à la suite de laquelle les actes auraient été altérés ou détruits par le fait d'un tiers ou même par accident (art. 51, 52, 1382, 1383, 1807);

2° A une action de la part du procureur impérial, sous la surveillance duquel l'article 53 place spécialement les registres de l'état civil.

La responsabilité, à cet égard, est plus ou moins grande, suivant qu'il s'agit de simples contraventions, poursuivies, dans ce cas, devant les tribunaux civils, qui prononcent l'amende (art. 50; avis du conseil d'État du 4 pluviôse an XII), ou de délits poursuivis devant les tribunaux correctionnels (art. 192-195 Cod. pén.), ou enfin de crimes poursuivis devant la Cour d'assises (art. 145 et suiv. Cod. pén.).

Remarquons, au reste, que le procureur impérial est chargé de *poursuivre* les délits et les crimes (art. 22, Cod. d'inst. crim.), et non pas seulement de les *dénoncer*, comme le disait l'article 53 du Code Napoléon, d'après la législation criminelle alors en vigueur (art. 3 de la loi du 7 pluviôse an IX).

287. — Le droit de surveillance, qui appartient au procureur impérial, ne l'autorise pas d'ailleurs à faire opérer des rectifications, des additions quelconques dans les actes irréguliers ou incomplets. L'article 53 le charge uniquement de poursuivre les officiers de l'état civil; l'acte, une fois fait, ne peut plus être changé ni d'office,

ni même avec le consentement de toutes les parties qui y ont figuré : nous verrons qu'un jugement est, dans ce cas, nécessaire (*infra*, n° 331).

Toutefois, une ordonnance du 26 novembre 1823, portant règlement sur la vérification des registres de l'état civil, se termine par des modèles, dans lesquels on lit que le procureur impérial indiquera à l'officier public « celles des irrégularités qui peuvent et doivent être ré- « parées tant par son fait que par celui des parties, « déclarants et témoins, sans nuire à la substance des « actes.... »

Et pour le cas où le procureur impérial s'est transporté lui-même sur les lieux, le modèle est ainsi conçu :

« Nous avons, en faisant appeler près de nous l'officier « de l'état civil, et les personnes intéressées auxdits actes, « tant comme parties que comme déclarants et témoins, « fait réparer et régulariser, en leur présence, ceux des « actes défectueux qui ont pu être régularisés par leur « fait et sans nuire à la substance des actes. »

Coin-Delisle déclare que ces prescriptions sont au moins imprudentes (art. 53, n° 2); et M. Richelot, qui s'associe à cette critique, excepte pourtant le cas où le procureur impérial se borne à faire apposer les signatures omises, surtout celle de l'officier de l'état civil (t. I, p. 208; *voy.* le décret du 21 fructidor an II).

Il m'est impossible de ne pas reconnaître que ce mode de procéder n'est pas conforme à la loi, et quoiqu'il se recommande par certains avantages pratiques, j'aimerais mieux qu'on s'en tînt sévèrement à la règle, très-sage aussi, qui ne permet de toucher qu'en vertu d'un jugement aux actes de l'état civil, parce qu'une fois faits, bien ou mal, ils sont acquis, avec leurs irrégularités ou leurs omissions, à tous les intéressés, quels qu'ils soient, connus ou inconnus.

Aussi, j'applaudis tout à fait à l'article 7 de l'ordonnance du 28 octobre 1833, qui porte « qu'aucun acte

« de l'état civil reçu dans les consulats ne pourra, sous « prétexte d'omission, d'erreur ou de lacune, être rec- « tifié qu'après un jugement émané des tribunaux com- « pétents. »

288. — Le procureur de la Républiqne lui-même pourrait-il être passible de l'amende prononcée par l'article 50, pour contravention anx articles précédents?

On l'a soutenu :

1° Parce que le texte de l'article 50 s'applique aux fonctionnaires dénommés dans les articles précédents, et que, dans l'article 49, il est effectivement question du procureur impérial;

2° Parce que la loi aurait été ainsi expliquée au conseil d'État (séance inédite du 22 fructidor an x; comp. Hutteau d'Origny, tit. x, chap. I, § 1, n° 7; Toullier, t. I, n° 312; Rief, n° 95; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 185).

Mais d'abord, l'argument tiré du texte de l'article 50 irait jusqu'à soumettre à l'amende de 100 fr. le président du tribunal lui-même (art. 41); et tel est, en effet, l'avis des jurisconsultes, que nous venons de citer; or, cette conséquence même n'est-elle pas déjà une réfutation de leur doctrine? En principe, les magistrats ne sont pas responsables, si ce n'est dans les cas exceptionnels prévus par la loi (art. 166 Code pén.; 505 et suiv. Code de procéd.); mais cette exception ne me semble pas résulter de l'article 50, qui ne concerne que les fonctionnaires auxquels les articles précédents imposent spécialement des devoirs relatifs aux actes eux-mêmes, c'est-à-dire à l'officier de l'état civil et au greffier (art. 49).

Il s'ensuivrait d'ailleurs que le procureur impérial serait responsable pour l'inobservation de l'article 49, et qu'il ne le serait pas pour l'inobservation de l'article 53, qui lui impose des devoirs bien plus importants!... qu'il serait passible d'amende seulement, mais non des dommages-intérêts des parties (art. 51).

Tout cela prouve qu'en effet, aucun de ces articles, pas plus l'article 50 que l'article 51, ne lui est applicable, ni à lui ni au président. Qui requerrait d'ailleurs cette amende, et qui la prononcerait? Il faudrait quelque chose de plus qu'une simple opinion, plus ou moins exactement reproduite, de la discussion du conseil d'État, pour déroger à la double règle :

1° De l'indépendance du ministère public vis-à-vis des tribunaux près desquels il siége (Cass., 24 septembre 1824, tribunal d'Issoire, Sirey, 1824, I, 402);

2° De l'irresponsabilité des magistrats (Coin-Delisle, art. 50, n° 1 ; Richelot, t. I, p. 205, note 16; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 129).

289. — L'article 54 consacre, à l'égard des actes de l'état civil, le principe général des deux degrés de juridiction (art. 858 Code de procéd.).

M. Desclozeaux enseigne (*Encycl.*, v° *Act. de l'état civ.*, n° 36), que le jugement d'un tribunal civil, qui condamne un officier civil ou un greffier à une amende de 100 francs, n'est pas susceptible d'appel, parce que le tribunal ne connaît point alors de l'acte lui-même, et que cette condamnation d'ailleurs n'a pas le caractère d'une peine (ajout. Rief, n° 99).

Pourtant, l'article 50 déclare que la contravention sera *punie* d'une amende ; et l'amende, bien que prononcée par le tribunal civil, n'en est pas moins effectivement, dans ce cas, une peine; il me semble donc que l'appel serait recevable (comp. Nancy, 30 août 1844, Minist. public, Dev., 1844, II, 630; Toullier, t. I, n° 314; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 185).

290. — Une règle très-importante, et commune encore à tous les actes de l'état civil, est posée en ces termes par l'article 35 :

« Les officiers de l'état civil ne pourront rien insérer « dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par

« énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré « par les comparants. »

Dans l'exposé des motifs, M. Siméon appela les officiers de l'état civil du nom de *greffiers*.

Ce mot exprime assez bien, sous quelques rapports, le caractère de leur mission; ils sont, en effet, chargés de recevoir les actes; mais il ne leur appartient pas de juger les déclarations qui leur sont faites, de les vérifier, de les contredire, et d'y rien ajouter de leur chef.

Il ne faudrait pourtant pas non plus prendre cette qualification trop à la lettre.

Car, 1° en ce qui concerne la célébration du mariage, l'officier de l'état civil, lorsqu'il prononce, au nom de la loi, l'union des époux, exerce une sorte de magistrature (art. 75);

2° Il ne doit pas, en général, prêter son ministère à des actes qui ne seraient pas conformes aux dispositions de la loi (art. 335, 342 Code Nap.; 194, 320 Code pén.);

3° Enfin, et pour ce qui concerne particulièrement les déclarations qui lui sont faites, s'il n'a point à exercer, en effet, de contrôle, il est pourtant chargé de les apprécier, en ce sens qu'il ne doit pas insérer dans les actes tout ce qui lui est déclaré, mais seulement, dit notre article 35, ce qui doit être déclaré par les comparants.

Mais qu'est-ce qui doit lui être déclaré?

A cet égard, la logique et le bon sens lui-même nous tracent une règle sûre :

Lorsqu'on veut rédiger un acte quelconque et se rendre compte des énonciations qui doivent y être insérées, il faut, avant tout, bien préciser quel est le but de cet acte et ce qu'il est destiné à prouver. Toutes les énonciations, qui concourent au but que l'acte se propose et à la preuve qu'il est destiné à produire, doivent être insé-

rées ; les autres en général sont surabondantes, et quelquefois même dangereuses. Point de digressions ! point de hors-d'œuvre ! marchez droit au but de l'acte ! allez au fait !

Cela posé, quel est le but particulier de chacun des actes de l'état civil ? Quelle preuve spéciale chacun d'eux est-il destiné à produire ?

C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

N° 1. — *Des actes de naissance.*

291. — Déclaration de la naissance et présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil ; puis, rédaction de l'acte de naissance ; telles sont les deux conditions à remplir.

La naissance de l'enfant doit être déclarée à l'officier de l'état civil, dans les trois jours de l'accouchement, par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé, ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ; et, lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle est accouchée. L'acte doit être rédigé de suite, en présence de deux témoins (art. 55, 56).

Dans les trois jours.... La loi du 20 septembre 1792 (tit. III, art. 5), qui n'avait pas déterminé, à cet égard, de délai, prononçait néanmoins une peine de deux mois de prison contre les personnes chargées de faire la déclaration de naissance et qui ne l'auraient pas faite.

Le Code Napoléon, au contraire, qui déterminait un délai de trois jours (déjà fixé, au reste, par la loi du 19 décembre 1792, art. 1), ne prononçait pas de peine en cas de contravention ; on avait craint que cette sanction pénale ne produisît un effet opposé à celui qu'elle se proposerait, et qu'elle n'empêchât, le délai une fois passé, les déclarations de naissance.

Mais beaucoup d'abus se produisirent.... des retards,

des négligences, surtout à une certaine époque où les parents étaient préoccupés des moyens de soustraire leurs enfants au service militaire.

Aussi, l'article 346 du Code pénal vint-il donner à l'article 56 du Code Napoléon une sanction nécessaire, en punissant d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de seize francs à trois cents francs, toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 56 du Code Napoléon, dans le délai prescrit par l'article 55.

292. — Mais, ce délai passé, l'officier de l'état civil peut-il encore recevoir la déclaration de naissance et en dresser acte?

Coin-Delisle professe l'affirmative, lorsque le retard est modique et qu'il n'y a rien de suspect dans la déclaration (art. 56, n° 4).

Toutefois l'opinion contraire, généralement enseignée et pratiquée, me semble en effet préférable : elle est d'abord consacrée par un avis du conseil d'État du 12 brumaire an XI sur la question qui lui était soumise, de savoir : « si l'officier de l'état civil peut rédiger et inscrire, « d'après les déclarations des parties, les actes de l'état « civil non inscrits sur les registres dans les délais pres- « crits par la loi, ou s'il est nécessaire que cette inscription « soit autorisée par un jugement; » le conseil a répondu : « que s'il était permis de recevoir, sans aucune forma- « lité, des declarations tardives, et de leur donner de « l'authenticité, on pourrait introduire des étrangers « dans les familles, et que cette faculté serait la source « des plus grands désordres; que les actes omis ne peu- « vent être inscrits sur les registres qu'en vertu de juge- « ments rendus en grande connaissance de cause de l'o- « mission, contradictoirement avec les parties intéressées « ou elles appelées, et sur les conclusions du ministère « public. »

Cet avis, quoique antérieur au Code Napoléon, me paraît néanmoins toujours bon à observer, parce qu'il est fondé sur les vrais principes et sur des considérations pleines de sagesse auxquelles le Code n'a rien de contraire.

L'acte de naissance est le procès-verbal d'un fait qui vient d'arriver; il est prudent, il est nécessaire qu'il soit dressé sans retard, au moment où la grossesse de la femme et son accouchement sont des faits récents, et doivent être, par conséquent, certains et notoires, et bien plus difficiles à déclarer, s'ils étaient faux!

Autrement, d'ailleurs, il n'y a plus de règle; et si la naissance peut encore être déclarée le quatrième jour, pourquoi pas le cinquième, le sixième et même le dixième jour après l'accouchement, suivant la faveur plus ou moins grande des circonstances, et les causes plus ou moins impérieuses du retard?

Il est donc mieux, plus logique et plus sage, que le tribunal soit, dans tous les cas, appelé à examiner le fait, lorsqu'il se trouve en dehors de l'ordre régulier et normal (Colmar, 25 juillet 1828, Minist. publ., Dev., 1829, II, 33; Rief, n° 116; *voy.*, toutefois, Angers, 25 mai 1822, Hamon, Sirey, 1823, II, 105; Pau, 16 mars 1853, d'Etchandy, Dev., 1853, II, 491).

Si l'officier de l'état civil avait néanmoins reçu sans jugement la déclaration de naissance après les trois jours, l'acte n'étant pas conforme aux prescriptions de la loi, ne ferait pas foi comme les actes ordinaires (Merlin, *Répert.*, t. XVII, v° *Naissance*, § 4). Mais je ne voudrais pas décider précisément qu'il est nul; car nous verrons qu'en ce qui concerne les actes de l'état civil, la loi n'a pas prononcé de nullités, et laisse une grande latitude à l'appréciation des magistrats; je ne voudrais pas dire non plus, en thèse générale, qu'un tel acte ne prouvera la naissance que du jour de sa date, comme l'a jugé la Cour de Paris (9 août 1813, Alstorphius, Sirey, 1813, II, 310).

J'aime mieux conclure que les tribunaux apprécieraient,

suivant les espèces, les renseignements fournis par cet acte irrégulier. Tel est aussi le sentiment de nos savants collègues, MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. I, p. 183).

Est-ce la peine de dire que la cérémonie du Baptême peut précéder la rédaction de l'acte de naissance?

La loi, en effet, n'exige pas et ne devait pas exiger, comme pour le mariage, la priorité de l'acte de l'état civil.

293. — L'obligation de déclarer la naissance n'est pas du reste imposée collectivement et solidairement à toutes les personnes désignées dans l'article 56 ; et nous ne saurions admettre la doctrine de la Cour de Rennes, qui a décidé que cette obligation pèse, au contraire, sur toutes ces personnes sans distinction (30 déc. 1863, Loluë; Dev., 1864, II, 95).

Les articles 2-5 du titre III de la loi du 20 septembre 1792 avaient tracé, à cet égard, un ordre très-raisonnable, et qui nous paraît devoir encore être suivi, bien que le Code ne l'ait pas aussi explicitement formulé.

C'est d'abord le père seul qui est chargé de faire la déclaration, dans quelque lieu que la mère soit accouchée, dans son domicile ou ailleurs; l'article 56 nous paraît sur ce point d'accord avec l'article 2 précité de la loi de 1792, qui en chargeait exclusivement le *mari présent et en état d'agir*. Le Code Napoléon dit plus généralement *le père;* mais ce mot ne s'applique au père naturel qu'autant qu'il le veut bien, puisqu'il peut ne pas reconnaître l'enfant, et que, dans ce cas, il ne serait tenu de déclarer la naissance qu'autant qu'il aurait assisté à l'accouchement et seulement à cause de cette circonstance.

A défaut du père, c'est-à-dire suivant l'article 3 de la loi de 1792, « lorsque le mari sera absent ou ne pourra « agir, ou lorsque la mère ne sera pas mariée..., » il faut distinguer :

1° Si la mère est accouchée dans son domicile, la déclaration doit être faite par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres

personnes qui ont assisté à l'accouchement (comp. Cass., 12 déc. 1862, Relandeau, Dev., 1863, I, 276).

Mais toutes ces personnes en sont-elles tenues en même temps? l'article 346 du Code pénal leur est-il applicable simultanément?

Je le crois ainsi, à l'égard des médecins, officiers de santé, et sages-femmes, en ce sens que, s'ils ont concouru ensemble à l'accouchement, ils sont tous tenus d'en faire la déclaration; on ne voit pas, en effet, alors, pourquoi l'un en serait tenu plus ou moins que l'autre (Grenoble, 22 janv. 1844, Muret, Dev., 1844, II, 125).

Mais je pense aussi que cette obligation est d'abord imposée aux docteurs en médecine, officiers de santé et sages-femmes, et que ce n'est qu'à leur défaut que les autres personnes qui auraient assisté à l'accouchement en sont elles-mêmes tenues; ce devoir me paraît leur être imposé par la spécialité même de leurs fonctions (comp. art. 3 de la loi du 20 sept. 1792 et 56, Cod. Nap.; Metz, 22 mars 1824, Dev. et Car., *Collect. nouv.* VII, II, 330; Duranton, t. I, p. 258, note).

Nous devons dire, toutefois, que la Cour de cassation, s'attachant rigoureusement au texte même de l'article 56, a consacré la doctrine contraire (12 nov. 1859, Goult, Dev., 1860, I, 186).

2° Si la mère est accouchée en dehors de son domicile, l'obligation de déclarer la naissance et la responsabilité pèsent, avant tout, sur la personne chez laquelle elle est accouchée; et les docteurs en médecine, officiers de santé et sages-femmes, n'en sont, dans ce cas, tenus que subsidiairement (art. 4 de la loi du 20 sept. 1792, art. 56, Code Nap.; Cass., 7 sept. 1823, Duboscage, Sirey, 1824, I, 420; Lyon, 19 juillet 1827, Fontan, Dev., 1830, II, 28).

294. — En quoi consiste l'obligation imposée par l'article 56 aux différentes personnes qui y sont désignées?

La Cour de cassation a décidé que cet article ne leur impose qu'une obligation formelle, celle de déclarer le

fait de la naissance de l'enfant; qu'il n'exige pas que l'on déclare les noms des père et mère; et que les dispositions de l'article 56 ne sauraient être étendues, surtout lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 346 du Code pénal, qui leur sert de sanction (Cass., 16 sept. 1843, Mallet, Dev., 1843, I, 915; Agen, 20 avril 1844, Rigaud, Dev., 1844, II, 326; Cass., 1er juin 1844, Romieux, Dev., 1844, I, 670).

Nous parlerons tout à l'heure de la partie de l'acte de naissance relative à la filiation; et nous verrons qu'en effet les noms de père et de mère ne doivent pas toujours être déclarés; sous ce rapport, nous croyons qu'en fait l'arrêt de la Cour de cassation a été bien rendu, parce qu'il s'agissait, dans l'espèce, du nom de la mère naturelle, que le déclarant refusait d'indiquer; à notre avis, ce refus était fondé (*infra*, n° 297).

Mais les motifs de l'arrêt sont généraux et absolus; ils s'appliquent même au cas où il s'agit de la naissance d'un enfant légitime; et dans cette hypothèse, la doctrine de la Cour de cassation nous paraît contestable, et, à certains égards, dangereuse, puisqu'on n'aura plus ainsi de moyen efficace pour faire constater la filiation des enfants légitimes dont l'acte de naissance doit pourtant former le titre (art. 319). Il semble qu'il existe entre les articles 56 et 57 une intime corrélation, d'où il résulte que les mêmes énonciations, que l'acte doit contenir d'après l'article 57, doivent être déclarées à l'officier de l'état civil par les personnes désignées dans l'article 56. Eh! par qui, en effet, les apprendrait-il, si ce n'est par le père lui-même, lorsqu'il est chargé de faire la déclaration, ou par les autres personnes auxquelles la loi impose ce devoir, à son défaut?

Aussi, croyons-nous que telle a bien été l'intention du législateur dans les articles 56 et 57 du Code Napoléon; mais il faut avouer que l'article 346 du Code pénal ne se référant qu'à l'article 56, on a pu éprouver la crainte d'é-

tendre au delà de ses termes une disposition pénale (*voy.* toutefois Dijon, 14 août 1840, Clertau, Dev., 1840, II, 447; Paris, 20 avril 1843, Depuille, Dev., 1843, II, 210).

295. — L'enfant doit être présenté à l'officier de l'état civil; et la déclaration de naissance serait incomplète et insuffisante par elle-même, si cette présentation n'avait pas lieu (Cass., 21 juin 1833, Minist. publ., Dev., 1833, I, 323).

En règle générale, c'est au bureau de l'officier de l'état civil que l'enfant doit être présenté; mais si ce déplacement pouvait avoir quelque danger pour sa vie, l'officier public devrait se transporter dans le lieu où il se trouve. L'article 6 du titre III de la loi du 20 septembre 1792 lui imposait textuellement ce devoir d'humanité, dont le Code Napoléon n'a certes pas voulu l'affranchir, ainsi que cela résulte de l'exposé des motifs (comp. Locré, *législ. civ.*, III, p. 141; ajout. Rief, n° 118).

Aussi, le 19 juin 1862, une ordonnance sur référé du président du tribunal civil de la Seine, a enjoint au maire du IIe arrondissement de Paris de se transporter au domicile du sieur X..., pour y constater la naissance de son enfant; un certificat de médecin ayant attesté que l'état de l'enfant ne permettait pas qu'il fût transporté, sans danger, à la mairie (*Gazette des Tribunaux* du 20 juin 1862; comp., sur cette délicate question, une lettre de M. Élie Paillet au rédacteur du journal *le Droit*, du 20 janv. 1867; une décision sur référé du président du tribunal civil de la Seine, du 14 mai 1868, dans le journal *le Droit*, du 17 mai 1868; et un article de M. Chauveau-Adolphe, dans *le Moniteur des Tribunaux*, du 13 novembre 1868).

296. — L'acte de naissance doit être rédigé de suite, en présence de deux témoins (art. 57).

Mais que doit-il contenir?

Cette question revient à celle-ci :

Quel est son but, et que doit-il prouver?

Or, nous l'avons déjà dit, il doit prouver : 1° toujours

le fait absolu de la naissance et l'individualité de l'enfant; 2° presque toujours, le fait relatif de la filiation.

L'article 57 contient deux parties, qui correspondent à ces deux éléments de l'acte.

Ainsi, 1° toujours l'acte doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui sont donnés.

D'après la loi du 11 germinal an XI, ces prénoms ne peuvent être pris que parmi les noms en usage dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne; loi, qui est toujours en vigueur, et d'après laquelle la première chambre du tribunal civil de la Seine a décidé que le maire du vingtième arrondissement de Paris avait été fondé à refuser d'inscrire sur les registres de l'état civil un enfant sous le prénom de *Mélida*. (2 avril 1870, Foyard.)

Notez que le moment de la naissance est particulièrement important à déterminer, lorsqu'il y a deux jumeaux, entre lesquels l'aîné est le premier né (*ante natus*), et le puîné, le dernier venu (*post natus*).

2° L'article 57 ajoute : *Les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère* (comp. Cass., 29 juin 1863, Leudières, Dev., 1863, I, 433).

Est-ce toujours et dans tous les cas que l'acte doit les énoncer? faut-il indistinctement recevoir les déclarations qui désignent soit les père et mère légitimes, soit les père et mère adultérins ou incestueux, soit les père et mère naturels?

Cela revient à savoir quel est, dans ces différents cas le but de l'acte, et ce qu'il tend, sous ce rapport, à prouver.

Reprenons donc :

Les père et mère légitimes? — oui, ils doivent toujours être dénommés; et c'est à eux que s'applique l'article 57, d'accord avec l'article 319, qui porte que la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil; la loi, dans l'inté-

rêt des familles et de la société, a dû le décider ainsi, d'autant plus que la déclaration d'une naissance légitime n'offre pas le danger de cette espèce de flétrissure morale qui peut résulter d'une déclaration de naissance illégitime imputée, sans leur aveu, à un homme ou à une femme non mariés.

Les père et mère adultérins ou incestueux? — non, ils ne doivent jamais être désignés, non-seulement d'après la déclaration des medecins ou sages-femmes, mais lors même que les père et mère en personne viendraient avouer et reconnaître l'enfant. La loi, dans l'intérêt de la société, et par respect pour la pudeur publique, a défendu absolument la révélation honteuse de ces attentats aux bonnes mœurs (art. 335, 342; *voy.* aussi le décret du 19 floréal an II). Loin donc que l'acte de naissance ait pour but de prouver cette espèce de filiation, nous verrons que l'énonciation qu'il renfermerait à cet égard, serait nulle de tous points! En conséquence, si un enfant est présenté à l'officier de l'état civil comme né d'une femme mariée et d'un autre que son mari, le nom de la mère doit seul être indiqué.

Enfin les père et mère naturels? — oui, ils doivent être dénommés, s'ils reconnaissent eux-mêmes l'enfant.

Mais s'ils ne reconnaissent pas eux-mêmes l'enfant?

Que le père naturel, dans ce cas, ne doive pas être dénommé, cela est certain; car la preuve de la paternité naturelle ne peut résulter que d'une reconnaissance volontaire; et l'indication du père, faite sans son aveu, ne saurait être à l'enfant d'aucune espèce d'utilité (art. 334, 340).

297. — C'est, au contraire, une question difficile et controversée que celle de savoir si le nom de la mère naturelle doit être indiqué sans son aveu, lorsque d'ailleurs, bien entendu, il est déclaré par l'une des personnes qui, aux termes de l'article 56, ont qualité pour faire ces sortes de déclarations.

Trois opinions sont en présence :

La première enseigne que le nom de la mère naturelle ne doit jamais être indiqué;

La seconde, au contraire, enseigne qu'il doit toujours être indiqué;

D'après la troisième opinion, enfin, la loi n'ordonne ni ne défend l'indication du nom de la mère naturelle; en conséquence, cette indication est facultative; et elle peut, suivant les cas, être faite ou n'être pas faite dans l'acte de naissance.

A. La première opinion raisonne ainsi :

1° On ne doit insérer dans un acte public que les énonciations utiles, c'est-à-dire des énonciations qui y seront probantes;

Or, l'indication de la mère naturelle, sans son aveu, n'aurait aucune force probante; car la preuve de la maternité naturelle ne peut résulter que d'une reconnaissance volontaire ou d'une déclaration judiciaire (art. 334, 341); et l'acte de naissance ne fournirait ni une preuve, ni même un commencement de preuve par écrit, contre la femme désignée comme mère, sans son aveu (art. 336, 341);

Donc, cette désignation, qui serait inutile, ne doit pas être faite.

Les rédacteurs du Code Napoléon ont si peu entendu qu'une femme non mariée pût être, sans son aveu, désignée comme mère dans l'acte de naissance, que, pour encourager la mère naturelle à faire cet aveu, et dans la crainte précisément qu'elle ne voulût pas le livrer à la publicité des registres de l'état civil, ils ont autorisé la reconnaissance par un autre acte authentique, dont le secret peut être beaucoup plus facilement gardé (comp. art. 62 et 334; Locré, *Législ. civ.* t. VI, p. 87).

2° Si on opposait la généralité de l'article 57, d'après lequel l'acte de naissance doit énoncer les noms des *père et mère*, il suffirait de répondre que cet article a

principalement en vue les père et mère légitimes, à l'égard desquels, en effet, l'acte de naissance fait preuve de la filiation de l'enfant (art. 319); mais, par la même raison que, malgré l'article 57, on ne doit dénommer ni les père et mère adultérins ou incestueux, lors même qu'ils reconnaîtraient l'enfant, ni le père naturel, lorsqu'il ne reconnaît pas l'enfant, on ne doit pas davantage dénommer la mère naturelle, lorsqu'elle ne fait pas non plus de reconnaissance.

3° Il est vrai que l'article 345 du Code pénal punit de la reclusion toute personne coupable de supposition d'un enfant à une personne qui ne serait pas accouchée; mais il faut coordonner le texte du Code pénal avec les textes du code Napoléon; et dès lors si, comme il est naturel de le croire, la disposition pénale implique que la fausse supposition d'un enfant à une femme, qui ne serait pas accouchée, ferait preuve, c'est qu'elle n'est applicable que dans les cas où, d'après le Code Napoléon, l'indication de la mère fait preuve dans l'acte de naissance; et, par le même motif que l'article 346 du Code pénal ne serait pas applicable aux personnes y dénommées, qui n'auraient pas indiqué le nom de la mère naturelle, l'article 345 du même Code ne serait pas non plus applicable aux personnes qui auraient faussement supposé une maternité naturelle. « *Ce fait même, fût-il punissable,* ajoute M. Bertauld, *ne constituerait pas un faux, puisque l'indication d'une mère naturelle dans l'acte de naissance, sans le secours de celle-ci, est dépourvue de toute autorité* » (*cit. infra*).

4° Enfin, ce n'est pas l'un des moindres arguments de ce premier système, que celui qu'il tire des dissidences et des contradictions qui existent dans les deux systèmes contraires. L'indication de la mère naturelle est obligatoire, disent les uns; elle est simplement facultative, répondent les autres; et quant au point de savoir quelle sera l'utilité de cette indication, et le degré de

preuve qui en résultera, rien n'est plus incertain et plus incohérent que les différentes déductions de chacun de ces systèmes!

En conséquence, cette première opinion conclut que le nom de la mère naturelle, qui ne reconnaît pas elle-même l'enfant, ne doit pas être indiqué, lors même qu'il serait déclaré par l'une des personnes désignées dans l'article 56. Sans doute, l'indication de la mère naturelle aurait pu avoir certains avantages; mais elle aurait offert aussi de grands inconvénients; d'abord, les circonstances mystérieuses, dont s'entourent souvent les femmes non mariées, au moment de leur accouchement, ne permettraient pas alors d'attacher une foi bien grande à ces sortes de déclarations. On comprend aussi tout ce que l'imputation d'une semblable maternité dans un acte public, pouvait avoir de dangers pour l'honneur des femmes et pour les familles; et, par suite, combien elle pourrait faire redouter les extrémités criminelles auxquelles le désespoir et la crainte d'une honte inévitable auraient pu porter la mère envers son enfant! (comp. Cass., 8 mai 1810, Coron, Sirey, 1810, I, 193; Bourges, 2 mai 1837, Alaphilippe, Dev., 1838, II, 5; Grenoble, 5 avril 1843, Rochas, Dev., 1845, II, 340; Pau, 29 juillet 1844, Dastugues, Dev., 1845, II, 193; Bordeaux, 19 fév. 1846, Mathieu, Dev., 1846, II, 294; Metz, 21 juin 1853, Claude; Besançon, 12 juill. 1855, Émourgeon, Dev., 1856, II, 449-455; Paris, 17 juill. 1858, Lacour, *Journ. du Palais*, 1859, t. I, p. 70; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 136; Bertauld, *Quest. et except. préjud.*, n°s 38 et 40.)

B. — La seconde opinion invoque surtout la généralité des termes des articles 56 et 57 du Code Napoléon et des articles 345 et 346 du Code pénal, pour en conclure que le nom de la mère naturelle doit toujours être indiqué dans l'acte de naissance; si le père naturel ne doit pas être dénommé sans son aveu, c'est que la paternité

est un fait mystérieux, dont nul ne peut rendre témoignage, et que, en conséquence, la recherche en est interdite (art. 340).

Mais l'accouchement de la mère est, au contraire, un fait manifeste, dont on peut rendre témoignage avec certitude, et dont la loi autorise la recherche judiciaire (art. 341); et *il doit*, dès lors aussi, *aux termes de l'article* 57, *être énoncé dans la déclaration des personnes à qui l'article* 56 *donne la mission de déclarer la naissance.* Ce sont les termes mêmes de l'important arrêt de la Cour de cassation du 1er juin 1853, qui a consacré cette doctrine. (Lahirigoyen, Dev., 1853, I, 481; ajout. Bordeaux, 19 janv. 1830, Eyriaud, D., 1831, II, 87; Paris, 7 juill. 1838, Lepercy, Dev., 1845, II, 194; Limoges, 4 avr. 1848, Chirat, Dev., 1848, II, 375; Grenoble, 12 déc. 1850, Admin. des Dom., Dev., 1851, II, 391; Cass., 19 nov. 1856, Chirat, Dev., 1857, I, 97; Caen, 24 mai, 1858, Préfet du Calvados, Dev., 1858, II, 535; Cass., 1er déc. 1869, Hervet-Repingon, Dev., 1870, I, 101; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Maternité*, p. 290; Toullier, t. I, n° 317; Duranton, t. I, n° 315; Coin-Delisle, art. 57, n° 10; Rieff, n° 131; Desclozeaux, *Encycl. du droit*, v° *Actes de l'ét. civ.*, n° 63; Valette et Proudhon, t. I, p. 209 et 222; et l'excellent article de M. Gauthier, sur l'arrêt du 1er juin 1853, dans le *Journ. du Palais*, 1856, t. I, p. 456 et suiv.).

C. — Quant à la troisième opinion, tout en reconnaissant que c'est principalement en vue des naissances légitimes, et pour les cas où l'acte de naissance est destiné à faire preuve de la filiation (art. 319), que l'article 56 prescrit la désignation des père et mère, elle ajoute que rien dans la loi ne s'oppose à l'indication de la mère naturelle; que cette indication, dès lors, qui n'est pas exigée, est toutefois permise; qu'en conséquence, l'officier de l'état civil doit recevoir la déclaration qui lui en est faite spontanément; et que rien ne l'empêche même de la provoquer. (Comp. Demante, t. I, nos 102 *bis*, II et III;

ajout. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 182; Massé et Vergé, t. I, p. 102 et 323.)

Mais quel degré de preuve sera attaché à l'indication de la mère naturelle, que la seconde opinion déclare obligatoire, et que la troisième opinion déclare facultative?

C'est ici le côté le plus difficile, et peut-être aussi le plus vulnérable, de l'une et de l'autre de ces opinions; car, il s'en faut bien qu'elles offrent une harmonie parfaite dans leurs déductions; et nous verrons, au contraire, combien elles sont divisées!

Le moment n'est pas venu encore d'examiner cette thèse, qui appartient au titre *de la Paternité et de la filiation* (*voy.* notre Traité sur cette matière nos 383, 504 et suiv.).

Qu'il nous suffise de constater, en ce moment, qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de cassation du 1er juin 1853, que l'acte de naissance dans lequel la mère naturelle a été dénommée, *fait preuve complète de son accouchement*, et qu'il suffit, *pour établir, vis-à-vis des tiers, et en l'absence de toute contestation de la part de la mère ou de la famille et de ses ayants droit, les rapports naturels de filiation et de maternité entre l'enfant présenté à l'officier de l'état civil et la mère désignée par le déclarant, témoin de l'accouchement.* (Comp. Paris, 4 fév. 1867, Louise Sargine, Dev., 1867, II, 97; *voy.* aussi Lyon, 20 janv. 1867, Repingon, Dev., 1868, II, 87.)

L'arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1856, décide également que *l'acte de naissance d'un enfant naturel dressé sur la déclaration de la sage-femme, qui assistait à l'accouchement et contenant indication par celle-ci des noms et domicile de la mère, fait foi de l'accouchement, c'est-à-dire du fait même de la maternité.*

Ce second arrêt ajoute toutefois que « *cependant cet acte ne constitue pas, par lui-même et à lui seul, la preuve de l'état de l'enfant qui prétend s'en appliquer le bénéfice;*

qu'il doit, en outre, établir son identité avec l'enfant dont la mère est accouchée; que la constatation de cette identité ne peut résulter que d'une reconnaissance formelle ou tacite de celle-ci, ou d'une recherche de maternité admise par justice. »

Faut-il en conclure que l'arrêt du 19 novembre 1856 modifie et restreint la doctrine de l'arrêt du 1er juin 1853?

Quelques-uns l'ont ainsi pensé (Devilleneuve, *loc. sup. cit.*); et la vérité est qu'à déduire rigoureusement les conséquences de ce dernier *considérant* de l'arrêt de 1856, on pourrait bien arriver à la négation de la doctrine elle-même, qui forme pourtant la prémisse de cet arrêt.

Quoi qu'il en soit, ce qui résulte principalement de ces deux importantes décisions, c'est que l'acte de naissance, où la mère naturelle a été dénommée, fait preuve complète de la filiation, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard de la mère, lorsque l'identité de l'enfant n'est pas contestée, et qu'il suffit d'une reconnaissance tacite de la mère pour rendre toute contestation impossible.

Telle est, sur cette grave difficulté, l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine.

Nous avons, pour notre part, dans notre première édition, enseigné l'opinion d'après laquelle le nom de la mère naturelle ne doit pas être, sans son aveu, indiqué dans l'acte de naissance; et il faut bien que nous ajoutions qu'il ne nous est pas encore démontré que cette opinion ne soit pas logiquement, d'après nos Codes, la plus facile à justifier.

S'il était vrai, en effet, comme la seconde opinion le prétend, que le nom de la mère naturelle dût toujours être, comme le nom de la mère légitime, déclaré dans l'acte de naissance, il faudrait en conclure que les médecins, sages-femmes, etc., qui ont assisté à un accouchement, seraient obligés, en présentant l'enfant à l'officier de l'état civil, de déclarer le nom de la mère, lorsqu'ils

le connaissent, sans pouvoir invoquer, en cette circonstance, l'obligation de garder le secret qui leur est imposé par l'article 378 du Code pénal; et on en est effectivement venu là! il est même arrivé qu'un arrêté préfectoral (arrêté du préfet de la Manche, du 10 avril 1845, portant suppression des tours dans ce département), assimilant les propriétaires de maisons d'accouchement aux aubergistes et aux logeurs, leur a imposé, par application de l'article 475, n° 2, du Code pénal, l'obligation d'inscrire sur un registre les noms de toutes les femmes ou filles, qui y séjourneraient pendant leur grossesse ou pour y faire leurs couches! (Comp. Dijon, 14 août 1840, Clertau, Dev., 1840, II, 447; Paris, 20 avril 1843, Depuille, Dev., 1843, II, 210).

Mais la Cour de cassation elle-même a réprimé ces dangereuses exagérations (comp. Cass., 16 septembre 1843, Mallet, Dev., 1843, I, 915; Cass., 1er juin 1844, Romieux, Dev., 1844, I, 670; Cass., 1er août 1844, Prevost, Dev., 1845, I, 840; Cass., 18 juin 1846, Loisif, Dev., 1846, I, 696; voyez aussi l'article de M. Derouet, sur le *Secret professionnel*, *Revue critique de Jurisprudence*, 1873, p. 268 et suiv., et 1874, p. 93 et suiv.).

Et en ce qui concerne la seconde opinion, d'après laquelle l'indication de la mère serait seulement facultative, est-il bien possible de la fonder logiquement sur les textes de nos Codes? car, enfin, si l'article 57, qui dispose que le nom de la mère sera indiqué, est applicable, tout à la fois, à la mère naturelle et à la mère légitime, il ne peut pas être applicable pour l'une autrement qu'il ne l'est pour l'autre!

Pourtant, dans l'impossibilité de plus en plus constatée de défendre la première opinion, en présence d'une pratique contraire, constante et universelle, ainsi que des nouveaux et considérables éléments de jurisprudence, qui sont venus s'y joindre, c'est à la troisième opinion, plutôt encore qu'à la seconde, que nous nous rallierons.

Deux motifs surtout nous déterminent :

1° Dans l'état, il faut bien le dire, tout au moins équivoque et incertain de nos textes sur cette question, ce qu'il y a de plus sage à faire, c'est d'adopter la solution qui paraît être la plus conforme à la raison, à la prudence, ainsi qu'aux intérêts privés et publics, qui se trouvent ici engagés ; or, le parti qui réunit le mieux ces conditions, est, suivant nous, celui d'après lequel l'indication de la mère naturelle est seulement facultative.

En effet :

D'une part, en autorisant cette indication, conformément à un usage, en quelque sorte populaire, il a l'avantage de satisfaire en même temps :

Soit à l'intérêt de l'enfant, auquel il confère un titre qui ne pourra pas lui être contesté, si son identité ne peut pas l'être, et qui lui manquerait presque toujours sans cela, lors même que sa mère n'aurait nulle intention de se cacher; car elle est presque toujours, au moment où se rédige l'acte de naissance, dans l'impossibilité d'y figurer elle-même; et l'idée d'une procuration ne lui vient guère ni à elle, ni à ceux qui l'entourent;

Soit à l'intérêt de la société, auquel importe, au point de vue d'une bonne police, dans le sens élevé de ce mot, que les accouchements et les naissances soient constatés le plus exactement possible;

Et d'autre part, en n'exigeant pas absolument cette indication, il fait la part des graves et délicates considérations que ce sujet soulève aussi, au point de vue de l'honneur des femmes et des craintes d'infanticide, dont une loi impérative pourrait imprudemment augmenter notablement le nombre!

2° La condition des enfants naturels serait infiniment dure, s'il fallait décider tout à la fois que leur filiation, même à l'égard de leur mère, n'est prouvée, ni par leur acte de naissance, ni par leur possession d'état !

Lorsque nous décidions d'abord que l'acte de nais-

sance ne prouvait pas, en leur faveur, la maternité, nous y trouvions une compensation dans la preuve que pouvait, suivant nous, leur fournir la possession d'état. (*Voy.* notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 477 et suiv.)

Mais la jurisprudence ayant, au contraire, décidé, jusqu'à ce jour, que la possession d'état ne prouve pas la filiation de l'enfant naturel, même à l'égard de sa mère (comp. Cass., 17 fév. 1851, Boissin, Dev., 1851, I, 161), c'est, pour nous, un puissant motif de plus de nous rattacher à la doctrine d'après laquelle l'acte de naissance indicatif du nom de la mère, pourra faire preuve de la maternité.

Et nous nous y rattachons, en effet, d'autant plus que cette doctrine nous permettra de sauver de la défaite qu'a subie la théorie de la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, d'en sauver du moins, disons-nous, une partie des avantages si précieux qu'elle nous paraissait présenter; car la possession d'état, si elle ne suffit pas pour faire seule la preuve de la filiation naturelle à l'égard de la mère, suffira du moins, même sans commencement de preuve par écrit, pour constater l'aveu de la mère d'accord avec l'indication de son nom dans l'acte de naissance, et pour établir l'identité de l'enfant; il est vrai que cette déduction elle-même semblerait avoir été repoussée par les arrêts de la Cour de cassation des 17 fevrier 1851 et 19 novembre 1856 (précités), où il s'agissait d'une possession d'état d'enfant naturel, qui s'appuyait sur un acte de naissance indicatif du nom de la mère; mais il faut remarquer que la question de filiation était, dans l'espèce, compliquée d'une autre difficulté résultant de l'application de l'article 337; quoi qu'il en soit, ce que nous croyons, c'est qu'une fois qu'il est admis que l'acte de naissance, indicatif du nom de la mère, fait preuve de la maternité, sous la seule condition que l'identité de l'enfant ne sera pas contestée ou qu'elle sera suffisamment établie au moyen de l'aveu tacite de la mère, la conséquence doit en être que la

preuve de cette identité résulte très-suffisamment de la possession d'état.

Et nous trouvons, en outre, à cette conclusion, le grand avantage de maintenir notre alliance avec M. Valette, qui nous a prêté, dans cette grande controverse de la possession d'état, le concours de sa puissante autorité, et qui vient précisément, dans la nouvelle édition de ses notes sur Proudhon, d'indiquer la réunion de l'acte de naissance indicatif du nom de la mère et de la possession d'état comme formant une preuve complète de la filiation naturelle à l'égard de la mère (comp. *Explicat. somm. du liv. I*, n° 23, p. 185-186; Demante, t. I, n°s 102 *bis*, 11 et 111, et t. II, n°s 70 et 70 *bis; voy.* aussi les judicieuses considérations présentées, sur ce sujet, par notre honorable collègue M. Bonnier, dans la *Revue pratique de droit français*, 1856, p. 359).

298. — Les déclarants et l'officier de l'état civil lui-même s'exposeraient à une action en dommages-intérêts, s'ils avaient déclaré et inséré, dans l'acte, une énonciation qui ne devait pas y être reçue; si, par exemple, dans un acte de naissance ou dans tout autre acte de l'état civil, ils avaient qualifié un individu de fils naturel d'un homme qui ne l'aurait pas lui-même reconnu par acte authentique; et, à plus forte raison, s'ils lui avaient imputé une paternité adultérine ou incestueuse (art. 334, 335, 1382; Besançon, 3 juin 1808, Clerc, D., *Rec. alph.*, t. I, p. 202). Car ces énonciations, bien qu'elles ne fissent contre les personnes dénommées aucune preuve, n'en porteraient pas moins atteinte à leur réputation; aussi, la rectification de l'acte pourrait-elle être demandée (*supra*, n° 286).

299. — Deux hypothèses particulières ont été prévues : 1° celle d'un enfant trouvé; 2° celle d'un enfant présenté sans vie à l'officier de l'état civil.

1° Les articles 58 du Code Napoléon et 347 du Code pénal imposent à toute personne, qui a trouvé un enfant

nouveau-né, l'obligation de le remettre à l'officier de l'état civil, et indiquent les énonciations que l'acte devra, dans ce cas, recevoir pour servir plus tard, s'il se peut, à faire reconnaître l'enfant (*voy.* aussi art. 349-353 Cod. pén., et le décret du 19 janvier 1811 sur les enfants trouvés ou abandonnés).

2° D'après le décret du 3 juillet 1806, l'officier de l'état civil ne doit pas exprimer qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Il reçoit de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère (art 1er). Cet acte est inscrit à sa date sur les registres des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non (art. 2).

Ce décret est très-sage et très-conforme aux principes; le but de l'acte, qui est alors dressé, n'est pas, en effet, de décider la question très-importante de savoir si l'enfant a vécu ou n'a pas vécu, s'il a été en conséquence, capable ou incapable de succéder (art. 725) ou de recevoir (art. 906), etc.; question, dont la solution ne peut appartenir qu'aux tribunaux, si les parties intéressées ne s'accordent pas. Il ne s'agit, pour l'officier de l'état civil, que de constater le fait de la présentation d'un enfant sans vie, et non pas de dresser précisément, dans ce cas, un acte soit de naissance, soit de décès (comp. Paris, 13 floréal an XII, Sirey, 1804, II, 732; Merlin, *Répert.*, v° *Naissance*, § 4).

On a décidé, d'ailleurs, que l'obligatiou de déclarer la naissance, imposée à toute personne ayant assisté à un accouchement, est applicable, même au cas où l'enfant est mort-né (Cass., 2 septembre 1843, Muret, Dev., 1843, I, 801; Cass., 2 août 1844, Muret, Dev., 1844, I, 671); décision conforme au texte absolu de l'article 56, et aux nécessités indispensables d'une bonne police (*su-*

pra, n° 271; Paris, 15 févr. 1865, Deranger, Dev., 1866, II, 95).

300. — J'exposerai tout ce qui concerne la reconnaissance des enfants naturels, au moment où je m'occuperai spécialement des preuves de la filiation, soit légitime, soit naturelle (art. 62, 319, 342; *voyez* notre *Traité de la paternité et de la filiation*, n°s 379 et suiv.).

N° 2. — *Des actes de mariage.*

301. — Je crois aussi qu'il n'est pas possible, sans de sérieux inconvénients, sans beaucoup d'omissions ou de redites, d'examiner séparément, d'une part les formalités de l'acte de mariage, d'autre part les différentes qualités et conditions requises pour la validité du mariage lui-même (comp. le chap. III de notre titre avec les chap. I, II et III du titre *du Mariage*).

Ces deux sujets n'en forment, à vrai dire, qu'un seul; aussi, la loi du 20 septembre 1792 les avait-elle réunis dans un même titre (tit. IV, sections I-IV).

Nous exposerons donc, d'une manière plus complète et plus utile, toute cette matière au titre même *du Mariage* (liv. I, tit. V; *voy.* notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. I, n°s 277 et suiv.).

N° 3. — *Des actes de décès.*

302. — L'acte de décès doit prouver :

1° Le fait même du décès;

2° L'individualité de la personne décédée.

Il faut donc employer les moyens nécessaires pour atteindre le plus sûrement possible ce double but.

En conséquence : 1° afin que le décès soit constaté et certain, l'officier de l'état civil doit se transporter auprès de la personne décédée; et l'inhumation ne peut avoir lieu que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas

prévus par les règlements de police, dans l'intérêt de la salubrité publique; elle ne peut avoir lieu sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui, malgré la forme de la rédaction de l'article 77, peut être sans inconvénient délivrée avant les vingt-quatre heures, dès que l'inhumation elle-même ne pourra point être faite avant ce délai (art. 77 Code Nap., 358 Code pén., et aussi le décret du 4 thermidor an XIII; ajout. ordonn. du 6 déc. 1843).

La loi du 20 septembre 1792 (tit. V, art. 1er) portait que la déclaration de décès sera faite à l'officier public, dans les vingt-quatre heures, par les deux plus proches parents ou voisins de la personne décédée. La loi du 19 décembre 1792 (sect. I, art. 1er) portait que la déclaration devait être faite dans les trois jours, sous peine de deux mois de prison.

Le Code Napoléon ne détermine pas très-nettement ces deux points : c'est-à dire par qui et dans quel délai le décès devra être déclaré.

Mais l'article 78, auquel nous allons arriver, me paraît indiquer implicitement par qui la déclaration doit être faite; et quant au délai, il est vrai que l'article 77, préoccupé surtout du soin de prévenir le danger des inhumations précipitées, détermine seulement un délai, avant lequel l'inhumation ne pourra pas avoir lieu, mais n'en fixe aucun dans lequel la déclaration devra être faite. On conçoit, d'ailleurs, le motif de cette espèce d'omission, la nécessité même ne permettant pas ici beaucoup de retard. Quoi qu'il en soit, il me paraît résulter du rapprochement des articles 77, 80, 84 et 86, que la déclaration doit être faite dans les vingt-quatre heures du décès, c'est-à-dire dans le délai marqué par la loi du 20 septembre 1792, préférable, en ce point, à la loi du 19 décembre suivant.

303. — 2° Le décès étant constaté et certain, l'acte doit être dressé sur la déclaration des deux personnes,

qui peuvent donner les renseignements les plus précis sur l'individualité de la personne décédée : c'est-à-dire s'il est possible, des deux plus proches parents ou voisins; ou, lorsqu'une personne sera décédée hors de son domicile, de la personne chez laquelle elle sera décédée et d'un parent ou autre (art. 78).

L'acte de décès doit contenir les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve; et, autant que possible, les prénoms, nom, profession et domicile des père et mère du défunt et le lieu de sa naissance.

Quant aux déclarants, il faut, bien entendu, énoncer aussi, suivant la règle générale, leurs prénoms, nom, âge, profession et domicile, et, s'ils sont parents, leur degré de parenté (art. 79). Nous avons déjà dit que ces deux personnes remplissent ici le double office de déclarants et de témoins; et nous croyons dès lors, puisque l'article 78 les qualifie, en effet, du nom de témoins, qu'ils doivent réunir les conditions exigées des témoins, dans les actes de l'état civil, conditions qu'on n'exigerait pas d'eux, s'ils n'étaient que déclarants (art. 37; *supra*, n° 283); ce sentiment est aussi celui de MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing (t. I, n° 142); mais l'opinion contraire est enseignée par M. Rief (n° 267), et par MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. I, p. 184).

304. — L'article 79 ne dit rien des jour et heure du décès, à la différence de l'article 57, qui exige la mention des jour et heure de la naissance.

Et pourtant, le jour et l'heure du décès sont bien plus importants encore à connaître que le jour et l'heure de la naissance; car ce n'est pas la naissance qui rend l'enfant capable de recevoir des successions ou des libéralités, puisque l'enfant simplement conçu est capable (art. 725, 906); au contraire, c'est le moment même du décès, ce moment exact et précis, qui, d'une part, rend la

personne décédée incapable de rien recevoir elle-même, et qui, d'autre part, transmet sa propre succession et ouvre son testament au profit de ses héritiers ou de ses légataires, mais sous la condition qu'ils lui aient survécu, ne fût-ce que d'un instant (art. 135, 136, 725, 1039, 1089).

Dans le silence du texte à cet égard, voici les questions qui s'élèvent : l'officier de l'état civil doit-il énoncer, dans l'acte, le jour et l'heure du décès? — s'il ne le doit pas, du moins le peut-il? — et s'il l'a fait, que résulte-t-il de cette énonciation?

Sur tous ces points, les auteurs sont bien divisés!

1° La plupart professent que la mention est nécessaire (Hutteau-d'Origny, tit. VIII, chap. I, § 2; Richelot, t. I, n° 180; Coin-Delisle, art. 79, n° 10; Rief, n° 266; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 143; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 184; Demante, t. 1, n° 109 *bis*, I).

Cette nécessité résulte, dit-on, soit de l'article 34, soit surtout de l'article 77, qui prescrit un intervalle de vingt-quatre heures au moins entre le décès et la sépulture.

Mais cette première opinion me paraît inadmissible : d'une part, silence absolu, dans l'article 79, sur la mention du jour et de l'heure du décès; d'autre part, l'article 34 exige seulement la mention du jour et de l'heure où l'acte est dressé; et l'article 77 ne peut être ici d'aucun secours, puisque l'inhumation peut avoir lieu après les vingt-quatre heures et quelquefois même avant! Il est donc certain que la loi n'exige pas cette mention dans l'acte; c'est précisément peut-être à cause de son importance et de sa décisive influence sur les droits des parties intéressées, qu'on a mieux aimé réserver cette question tout entière.

Quelques auteurs ajoutent que les parties intéressées auraient dû recourir à la voie de l'inscription de faux contre cette mention, si elle eût été exigée dans l'acte; et

que c'est pour cela que la loi ne l'a pas exigée, ne voulant pas les réduire à cette extrémité difficile et périlleuse (Duranton, t. I, n° 323; Coin-Delisle, *supra;* Desclozeaux, *Encycl.*, v° *Actes de l'état civ.*, n° 70).

Je me réserve de parler tout à l'heure de la preuve résultant des actes de l'état civil; mais il m'est impossible de ne pas remarquer, dès à présent, que l'inscription de faux n'aurait pas été du tout nécessaire contre la mention des jour et heure du décès, puisqu'ils n'auraient pas été attestés par l'officier de l'état civil, d'après sa connaissance personnelle, mais seulement d'après la déclaration des comparants (*infra*, n° 319).

2° Cette mention, qui n'est pas exigée, peut-elle du moins être faite? non, rigoureusement! d'abord, parce que la loi ne la demande pas, et que dès lors elle ne rentre pas dans le but de l'acte, dans la preuve qu'il doit faire; et puis, parce que, si la loi a voulu, en effet, réserver cette question tout entière, c'est aller contre ses vues que de la préjuger par une mention, même officieuse, et qui pourrait être erronée ou mensongère. Toutefois, la pratique générale est contraire; et les formules dressées par l'Administration indiquent elles-mêmes cette mention (*supra*, n° 285), qui ne présente pas des inconvénients bien sérieux, et qui peut même, j'en conviens, offrir certains avantages, mais à la condition qu'on n'en exagérera point l'effet.

3° Or, précisément à cet égard, je crois qu'on a été beaucoup trop loin.

C'est ainsi que Duranton enseigne que la loi n'a pas exigé la mention, « afin que cette mention, qui y est « ordinairement faite, pût être combattue par d'autres « moyens que l'inscription de faux, du moins celle de « faux principal (t. I, n° 323); » d'où il semble résulter que l'inscription de faux incident serait, au moins, nécessaire. MM. Coin-Delisle et Richelot disent plus nettement que la mention fera foi jusqu'à preuve contraire,

qui pourra avoir lieu sans inscription de faux (*supra*, les citations; joign. Zachariæ, t. I, p. 143).

Je ne suis pas surpris de ces opinions; car il doit toujours arriver, comme je l'ai déjà remarqué, que, dès qu'on admet une mention, une énonciation quelconque dans un acte, on soit amené à lui accorder quelque effet. A quoi bon écrire, dans un acte public, des choses inutiles! (*Supra*, n° 297.) Mais je n'en crois pas moins que cette mention ne fait aucune preuve, précisément parce que la loi n'en parlant pas, l'acte n'est pas destiné à faire cette preuve, et que dès lors, malgré l'avantage qui en résulte, en fait, pour les parties que la mention favorise, la question, en droit, me paraît entière, à l'égard de tous les intéressés.

305. — Telles sont les énonciations que doit contenir l'acte de décès.

Mais supposez qu'on vienne déclarer à l'officier de l'état civil qu'une telle personne s'est suicidée; qu'elle est morte sur l'échafaud, ou dans une prison, ou victime d'un duel ou d'un assassinat.

Devra-t-il recevoir ces différentes déclarations?

Le moyen de solution est connu : l'acte de décès a-t-il pour but de constater le genre de mort? est-il destiné à faire cette preuve? or, nous savons, au contraire, qu'il est destiné seulement à prouver le fait du décès et de l'individualité de la personne décédée; donc, toutes ces circonstances, étrangères au but de l'acte et à la preuve qu'il doit faire, ne doivent pas être reçues (art. 35).

A la vérité, ces renseignements accessoires auraient pu être admis peut-être pour caractériser d'autant mieux l'individualité de la personne décédée; mais c'est précisément sous ce rapport que la mention en serait déplorable, puisqu'elle pourrait flétrir une famille, en perpétuant des souvenirs qu'il importe bien plutôt d'effacer (art. 85).

Ce dernier motif prouve assez que l'article 85 ne s'ap-

plique pas au militaire mort sur le champ de bataille; on ne peut qu'applaudir à cette exception proposée par MM. Coin-Delisle (sur l'art. 96) et Richelot (t. I, n° 186; *voy.* aussi art. 436).

306. — Les circonstances particulières du décès, dont nous venons de parler, peuvent toutefois donner lieu à des mesures spéciales, dont la loi s'occupe ici, bien que quelques-unes de ces mesures se rattachent plutôt aux lois de la police judiciaire qu'aux actes de l'état civil :

Ainsi, 1° « En cas de décès dans les hôpitaux militaires, « civils, ou autres maisons publiques, les supérieurs, « directeurs, administrateurs et maîtres de ces maisons, « seront tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre « heures, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera « pour s'assurer du décès, et en dressera l'acte confor- « mément à l'article 79, sur les déclarations qui lui au- « ront été faites et sur les renseignements qu'il aura pris.

« Il sera tenu, en outre, dans lesdits hôpitaux et mai- « sons, des registres destinés à inscrire ces déclarations « et ces renseignements.

« L'officier de l'état civil enverra l'acte de décès à celui « du dernier domicile de la personne décédée, qui l'in- « scrira sur les registres. » (Art. 80.)

Les registres particuliers dont il est ici question, et qui sont exigés dans les maisons publiques, telles que couvents, séminaires, etc., ne sont tenus que pour l'ordre intérieur de ces établissements et ne pourraient être produits en justice, s'il y avait lieu, qu'à titre de simples renseignements (circulaire ministérielle du 31 oct. 1808, citée par M. Huteau-d'Origny, tit. VIII, chap. II, § 1); car les directeurs, les supérieurs, etc., ne sont pas officiers de l'état civil; et la preuve en est que c'est un officier de l'état civil qui rédige, en effet, l'acte de décès.

2° « Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort « violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu « de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation

« qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur « en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal « de l'état du cadavre et des circonstances y relatives, « ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir « sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de nais- « sance et domicile de la personne décédée.

« L'officier de police sera tenu de transmettre de suite, « à l'officier de l'état civil du lieu où la personne sera « décédée, tous les renseignements énoncés dans son « procès-verbal, d'après lesquels l'acte sera rédigé.

« L'officier de l'état civil en enverra une expédition à « celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu; « cette expédition sera inscrite sur les registres (art. 81, « 82 Cod. Nap.; 44 Cod. d'inst. crim.).

3° « Les greffiers criminels seront tenus d'envoyer, dans « les vingt-quatre heures de l'exécution des jugements « portant peine de mort, à l'officier de l'état civil du lieu où « le condamné aura été exécuté, tous les renseignements « énoncés en l'art. 79, d'après lesquels l'acte de décès « sera rédigé (art. 83 Cod. Nap., 378 Cod. d'inst. crim).

4° « En cas de décès dans les prisons ou maisons de « reclusion et de détention, il en sera donné avis sur-le- « champ, par les concierges ou gardiens, à l'officier de « l'état civil, qui s'y transportera, comme il est dit en « l'article 80, et rédigera l'acte de décès. » (Art. 84.)

307. — La comparaison des articles 80-85 a soulevé deux questions, à savoir :

1° Si, dans les quatre hypothèses qu'ils prévoient, il faut que l'acte de décès soit rédigé en présence de deux témoins?

2° Si, dans les deux cas particulièrement prévus par les articles 83 et 84, il doit être envoyé une expédition de l'acte de décès à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée?

Quant à la première question, il n'est pas douteux que la présence des témoins ne soit nécessaire, au moins dans

les cas prévus par les articles 80 et 84, puisque l'officier de l'état civil doit se transporter près de la personne décédée, et dresser l'acte suivant les formes ordinaires. Mais je crois qu'il en est encore ainsi, même dans les cas prévus par les articles 82 et 83; à la vérité, le décès est alors attesté à l'officier de l'état civil par un autre officier public; mais ce n'est pas moins l'officier de l'état civil qui rédige l'acte de décès; et, dans cette œuvre, la règle générale est qu'il doit être assisté de deux témoins (art. 78). Cela me paraît résulter aussi de l'article 85, qui porte que les actes de décès, dans les quatre hypothèses ci-dessus, sans distinction, seront rédigés dans les formes prescrites par l'article 79, lequel suppose la présence de deux témoins.

Sur la seconde question, il est vrai que les articles 83 et 84 ne disent pas, comme les articles 80 et 82, qu'une expédition de l'acte de décès sera envoyée à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé, et qu'on pourrait voir, en effet, un motif de différence dans les circonstances particulières prévues par ces articles, puisqu'il s'agit alors d'une exécution capitale ou d'un décès dans les prisons ou maisons de détention. Il y a d'ailleurs bien d'autres circonstances, dans lesquelles des actes de l'état civil, de naissance, de mariage ou de décès, ne sont pas dressés dans le lieu du domicile des parties qu'ils concernent (art. 55, 57, 74, 77-79); et on ne voit pas que, dans ces différents cas, la loi ait prescrit à l'officier qui a reçu l'acte, d'en transmettre une expédition à l'officier de l'état civil du domicile des parties... Mais ces motifs néanmoins ne me paraîtraient pas suffisants pour se départir ici d'une mesure évidemment utile dans tous les cas (*voy.* aussi art. 95 et 98), et dont les articles 83 et 84 n'ont probablement point parlé, parce qu'elle venait déjà d'être par deux fois recommandée; je remarque aussi que l'article 84 renvoie lui-même à l'article 80; et je termine par une réflexion commune à la question des témoins et à celle-ci :

c'est que toute différence, qui serait faite entre ces actes de décès et les autres actes de l'état civil, rappellerait précisément des souvenirs qu'il faut, au contraire, effacer, et irait dès lors contre le but même de la loi (art. 85).

308. — Le Code Napoléon ne s'est point occupé d'une autre hypothèse, malheureusement aussi trop fréquente, celle du décès d'une ou de plusieurs personnes dans des incendies, inondations, éboulements ou autres catastrophes.

Mais le décret du 3 janvier 1813, sur l'exploitation des mines, renferme, à cet égard, des dispositions qu'on s'accorde, avec raison, à appliquer à tous les événements du même genre :

« Il est expressément prescrit aux maires et autres « officiers de police, de se faire représenter les corps « des ouvriers qui auraient péri par accident dans une « exploitation, et de ne permettre leur inhumation qu'a« près que le procès-verbal de l'accident aura été dressé « conformément à l'article 81 du Code Napoléon, et « sous les peines portées par les articles 358 et 359 du « Code pénal. » (Art. 18.)

« Lorsqu'il y aura impossibilité de parvenir jusqu'au « lieu où se trouvent les corps des ouvriers qui auront « péri dans les travaux, les exploitants, directeurs et au« tres ayants cause seront tenus de faire constater cette « circonstance par le maire, ou autre officier public, qui « en dressera procès-verbal, et de le transmettre au « procureur impérial, à la diligence duquel, et sur l'au« torisation du tribunal, cet acte sera annexé au regis« tre de l'état civil. » (Art. 19.)

Ce procès-verbal paraît donc destiné à remplacer l'acte de décès, soit quant à l'ouverture de la succession, soit quant à tous les autres droits, qui pouvaient être subordonnés à la preuve de ce décès (Comp. Rouen, 18 nov. 1878, le Procureur de la République du Havre, *le Droit* du 22 novembre 1878).

Duranton (t. I, n° 330) hésite, toutefois, sur le

point de savoir si le conjoint de celui dont le décès ne serait prouvé que de cette manière, pourrait passer à de nouvelles noces; et il cite, à ce sujet, l'avis du conseil d'État du 12 germinal an XIII, qui porte que les femmes des militaires ne peuvent contracter un nouveau mariage en ne présentant, « comme preuve du décès (de leur « mari), que de simples actes de notoriété, fournis après « coup, et résultant le plus souvent de quelques témoi« gnages achetés ou arrachés à la faiblesse.... »

Mais on voit que notre hypothèse est différente et que le procès-verbal, dressé en exécution du décret du 3 janvier 1813, offre bien plus de garanties. Je pense, en effet, tout en reconnaissant qu'une telle situation exige le plus sévère examen, que le procès-verbal remplace l'acte de décès, même en ce qui concerne la faculté pour le conjoint survivant de se remarier (comp. Richelot, t. I, n° 188, note 11).

SECTION II.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL, DANS CERTAINES CIRCONSTANCES SPÉCIALES.

SOMMAIRE.

309. — Division.
310. — Des actes de naissance et de décès pendant un voyage en mer.
311. — Des actes de l'état civil dans les lazarets.
312. — Des actes de l'état civil en pays étranger.
313. — Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire de l'empire.
314. — Suite. — En quels lieux, à quelles personnes et à quels actes ces dispositions spéciales sont-elles applicables?
315. — Les militaires pourraient-ils aussi faire dresser les actes de leur état civil par les officiers publics étrangers?
316. — Des actes de l'état civil concernant les membres de la famille impériale.

309. — Je comprends dans cette section les actes de l'état civil faits :

1° Pendant un voyage en mer;

2° Dans les lazarets;

3° En pays étranger ;

4° Les actes de l'état civil concernant particulièrement les militaires hors du territoire de l'empire ;

5° Les actes de l'état civil concernant la famille impériale.

Ce qui me détermine surtout à mettre à part ces cinq hypothèses, c'est que l'une des différences principales et communes, qui les distinguent des hypothèses que nous venons de parcourir, consiste dans l'attribution spéciale à certains fonctionnaires, autres que les maires et adjoints, des devoirs d'officiers de l'état civil.

310. — N° 1. Les articles 59-61, 86-87 expliquent suffisamment les formalités à remplir pour la rédaction des actes de naissance et de décès pendant un voyage en mer, comme aussi les précautions à prendre pour les soustraire le plus tôt possible aux dangers de la navigation (joign. art. 4-6 de l'ordonnance du 23 octobre 1833).

Aucune loi n'autorise la célébration d'un mariage pendant un voyage en mer ; on a pensé sans doute que la même nécessité ne commanderait presque jamais, dans ce cas, une dérogation aux règles ordinaires.

311. — N° 2. Aux termes de la loi du 3 mars 1822, les autorités sanitaires exercent les fonctions d'officiers de l'état civil dans l'enceinte et les parloirs des lazarets et autres lieux réservés (art. 18 et 19 ; ajout. décret sur la police sanitaire du 24 décembre 1850, art. 45).

312. — N° 3. Les Français, en pays étranger, ont deux moyens pour faire dresser les actes de leur état civil :

D'abord, par les officiers et suivant les formes du pays où ils se trouvent ;

Ensuite, par les consuls ou par les agents diplomatiques français, suivant les formes françaises.

1° Tout acte de l'état civil fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays, quels que soient ceux qu'il concerne, un étranger

seulement, ou un Français seulement, ou un Français et un étranger en même temps, comme le mariage (art. 47; Cass., 7 juillet 1835, Bapon, D., 1835, I, 389; Cass., 27 décembre 1837, Colombel, Dev., 1838, I, 545).

L'article dit : *fera foi;* car, il ne s'agit ici que de sa force probante et non pas de sa validité, qui, en France, ne peut pas, dans tous les cas, dépendre de l'observation des lois étrangères.

2° Tout acte de l'état civil concernant seulement des Français sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls (art. 48).

Sera valable, parce que, dans ce cas, les lois françaises auront été, de tous points, observées (*voy.* l'ordonnance du 23 octobre 1833, qui détermine les règles à suivre, par les agents diplomatiques français, pour la tenue et la rédaction des registres de l'état civil, ainsi que la force probante de ces actes et des expéditions, qui en sont délivrées).

Les consuls et les agents diplomatiques français ne sont donc compétents qu'à l'égard des Français. La proposition est incontestable, relativement à un acte qui n'intéresserait que des étrangers.

Mais en est-il encore de même, quand l'acte intéresse tout à la fois un Français et un étranger?

En d'autres termes, le consul français pourrait-il célébrer le mariage entre un Français et un étranger?

On l'a soutenu 1° parce que, dans ce cas, il ne serait pas compétent pour le Français lui-même, s'il ne l'était pas aussi pour l'étranger; 2° parce qu'en effet, il résulte, dit-on, de l'article 165 que le mariage peut être valablement célébré devant un officier de l'état civil compétent à l'égard de l'un seulement des deux futurs époux.

Mais il est facile de répondre à ces raisonnements : 1° Il faut, au contraire, que l'officier public, qui célèbre un mariage, soit compétent à l'égard des deux parties,

par cela même que cet acte intéresse également les deux parties; or, la différence de rédaction des articles 47 et 48 prouve bien que le consul français n'est compétent qu'à l'égard des Français. 2° L'argument tiré de l'article 165 est vicieux, parce que, dans l'hypothèse de cet article, il s'agit d'un officier de l'état civil, qui reçoit de la puissance publique le pouvoir d'unir les deux futurs époux, bien que l'un d'eux ne soit pas domicilié dans sa commune, mais qui n'en est pas moins dès lors compétent à l'égard des deux; au contraire, le consul français n'a aucun pouvoir, et n'en peut recevoir aucun à l'égard de l'étranger. Si les officiers publics étrangers peuvent célébrer le mariage d'un étranger et d'un Français, c'est qu'ils sont compétents, en effet, à l'égard des deux parties : à l'égard de l'étranger, en vertu de leur pouvoir public et de leur loi nationale; à l'égard du Français, en vertu de la maxime *locus regit actum*. Il n'en est pas ainsi du consul, qui ne peut avoir, à aucun titre, de compétence à l'égard de l'étranger (comp. Merlin. *Rép.*, t. XVI, v° *État civil*, § 2, n°s 2 et 3; Cass., 10 août 1819, Gaudin, Sirey, 1819, I, 452; Paris, 6 avril 1869, le maire du VIIIe arrond. de Paris, Dev., 1870, II, 178)

On a même été plus loin; on a prétendu, en invoquant l'article 170, qu'à l'égard du mariage, le consul français était incompétent, même entre deux Français (Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. III, § 2).

Mais cette opinion ne me paraît pas devoir être suivie :

1° Parce que l'article 48 porte que *tout acte de l'état civil* des Français sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls;

2° Parce que, si l'article 170 ne se réfère qu'à l'article 47, c'est qu'il mentionne aussi les mariages entre Français et étrangers, qui ne peuvent pas être effectivement célébrés devant les consuls français;

3° Enfin, parce qu'il ne serait pas raisonnable de ré-

duire les Français à ne pouvoir se marier, en pays étranger, que suivant les formalités du pays où ils se trouvent, c'est-à-dire peut-être suivant des cérémonies et des rites contraires à leurs mœurs, à leur religion.

Aussi, l'ordonnance du 23 octobre 1833 (art. 15) suppose-t-elle très-explicitement que le consul français peut célébrer le mariage entre deux Français.

J'ai parlé ici de l'acte de mariage célébré en pays étranger, afin de n'avoir plus à revenir sur cette situation spéciale.

313. — N° 4. « Là où est le drapeau, là est la « France! » a dit le premier Consul.

Telle est l'origine et tel est aussi le motif du chapitre v de notre titre :

« Les actes de l'état civil faits hors du territoire de « l'empire, concernant des militaires ou autres person- « nes employées à la suite des armées, seront rédigés « dans les formes prescrites par les dispositions précé- « dentes, sauf les exceptions contenues dans les articles « suivants. » (Art. 88.)

Les articles 89-98 déterminent la compétence des officiers chargés de la tenue des registres de l'état civil et les formalités à observer. Remarquons seulement que les quartiers maîtres et les inspecteurs aux revues (art. 89) sont remplacés, dans ces fonctions, par les majors des régiments (arrêté du 1er vendémiaire an XII) et par les intendants et sous-intendants militaires (ordonnance du 29 juillet 1817, titre III, art. 9).

Une instruction du ministre de la guerre du 24 brumaire an XII renferme des explications très-développées et très-utiles sur l'exécution des dispositions du Code Napoléon relatives aux militaires de toute arme (Sirey, IV, 2, 743)

314. — Mais en quels lieux, à quelles personnes et à quels actes les dispositions de notre chapitre V sont-elles applicables?

A. — L'article 88 ne s'occupe que des militaires qui se trouvent sous les drapeaux, hors du territoire de l'empire.

Les droits des militaires, sur le territoire français, sont donc réglés par la loi commune ; ce sont les termes mêmes de l'instruction ministérielle précitée (tit. I; *voy.* aussi l'avis du conseil d'État du 4e complémentaire an XIII).

L'instruction excepte toutefois le cas d'invasion ou de révolte, même dans l'intérieur, s'il y avait alors impossibilité de recourir aux officiers publics pour constater le décès des militaires, qui seraient morts sur le champ de bataille, et pour faire divers actes de l'état civil. Cette exception, quoique combattue par Merlin (*Rép.*, t. XVI, v° *État civil*, § 3, n° 4), nous paraît néanmoins devoir être admise, parce que l'article 88, en prévoyant spécialement une hypothèse, n'est pas, pour cela, exclusif des hypothèses tout à fait semblables, où la même nécessité se produit; la preuve en résulte de l'article 10 de la loi du 13 janvier 1817, et même aussi de l'article 983 du Code Napoléon (comp. Demante, t. I, n° 118 *bis*, I).

B. — L'article 88 s'applique d'ailleurs non-seulement aux militaires, mais à toutes autres personnes employées à la suite des armées, fournisseurs de vivres, vivandières, domestiques, etc.

C. — Il s'applique enfin certainement aux actes de naissance, de mariage et de décès.

Mais l'instruction ministérielle (tit. II) ajoute que la reconnaissance d'un enfant naturel n'y est pas comprise, si ce n'est lorsqu'elle est faite au moment de la présentation de l'enfant pour constater sa naissance, ou dans l'acte même de célébration de mariage de ses père et mère.

Cette restriction me paraît contraire à la loi (comp. art. 62, 88) et très-regrettable. Le but de ce cha-

pitre v est précisément d'accorder aux militaires hors du territoire de l'Empire les moyens de faire dresser devant des officiers spéciaux, les mêmes actes qu'ils auraient pu faire dresser, en France, devant les officiers ordinaires.

Aussi, je crois fermement qu'une reconnaissance d'enfant naturel ainsi faite, serait déclarée valable.

315. — Les militaires et autres personnes employées à la suite des armées, pourraient-ils aussi faire dresser les actes de leur état civil par les officiers publics étrangers et d'après les formes du pays, suivant les articles 47 et 170?

C'est une question difficile et très-controversée.

Pour la négative, on peut invoquer :

1° Le texte même de l'article 88, qui paraît disposer impérativement que les *actes seront rédigés*, etc...

2° Le motif essentiel de tout le chapitre v, savoir : que le soldat sous son drapeau est toujours en France, et que dès lors la maxime *locus regit actum* ne lui est pas applicable;

3 L'instruction ministérielle précitée, dont l'article 2 (instr. générales et finales) porte qu'à l'égard des militaires, qui mourraient prisonniers de guerre, les actes seront rédigés dans les formes usitées dans le pays où ils viendraient à décéder : « Comme ils se trouvent alors « éloignés de leurs drapeaux, l'article 47 leur est appli- « cable sous tous les rapports, ».... d'où l'on induit que l'instruction déclare cet article inapplicable à ceux qui se trouvent sous les drapeaux;

4° Enfin, on a invoqué l'intérêt de la discipline et la nécessité d'empêcher les militaires déjà mariés en France, de se jouer, en pays étranger, de la sainteté du mariage et de la bonne foi des familles, par des actes de bigamie! (Comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Etat civil*, § 3, n° 1; Duranton, t. I, p. 232; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 98; Rieff, n° 78; Demante, t. I, n° 118 *bis*, II.)

Je reconnais combien ces motifs sont sérieux ; mais pourtant je ne pense pas que l'article 88 soit prohibitif.

La maxime proclamée par Napoléon Ier ne doit pas avoir pour effet d'enlever aux militaires le bénéfice du droit commun, mais bien plutôt de les favoriser en leur donnant un moyen de plus, que les circonstances peuvent rendre souvent nécessaire, pour faire dresser les actes de leur état civil.

Pourquoi, en effet, les officiers publics étrangers, compétents à l'égard de tous les autres Français, ne le seraient-ils pas à l'égard des militaires? il faudrait donc en dire autant, même des consuls et des agents diplomatiques français; et telle est, en effet, la conséquence que Merlin tire de son système (*Quest. de droit*, t. VIII, v° *Mariage*, § 8).

Mais n'est-il pas étrange que les officiers publics français eux-mêmes deviennent incompétents à l'égard des militaires, qui seraient alors, en effet, beaucoup moins favorisés que tous les autres Français?

La première opinion me paraît donc trop exclusive; elle entraîne des conséquences que ses partisans eux-mêmes sont obligés de désavouer.

Qu'est-ce qui constatera, par exemple, le décès d'un militaire ou la naissance de l'enfant d'une femme attachée à l'armée, si ce décès ou cette naissance ont lieu dans un endroit, même tout voisin de l'armée, mais pourtant privé de communication avec elle?

Qu'est-ce qui célébrerait le mariage d'un militaire français avec une femme étrangère?... L'officier public étranger?... non, d'après vous, puisqu'il serait incompétent à l'égard du Français. — L'officier français, le major, l'intendant?... Merlin pense, en effet, qu'il est compétent même entre Français et étrangers, contrairement à la règle générale en pareil cas (*supra*, n° 312), parce qu'ici la France elle-même est sous le drapeau!

(*Rép.*, t. XVI, v° *État civil*, § 2, n° 3.) Mais c'est là une fiction applicable seulement aux militaires et aux autres personnes employées à la suite des armées (art. 88); elle ne s'appliquerait donc pas même à d'autres Français qui ne seraient pas dans cette situation. Comment dès lors pourrait-elle être étendue aux étrangers eux-mêmes dans leur propre pays? L'officier français n'a donc, à l'égard de ces étrangers, aucune compétence, ni personnelle ni territoriale; et Merlin lui-même le reconnaît, en avouant que ce mariage ainsi célébré par l'officier français, entre un militaire français et une femme étrangère, ne serait pas valable d'après la loi étrangère, qui traiterait, dit-il, cette femme comme une concubine! La sainteté du mariage, invoquée par le système contraire, ne serait-elle pas ici bien compromise! Aussi, l'illustre auteur concède-t-il que, dans ce cas, le mariage pourra être célébré devant les officiers publics étrangers (*Quest. de droit*, t. VIII, v° *Mariage*, § 8).

Tous ces motifs me portent à penser, avec MM. Coin-Delisle (art. 88, n° 5), et Richelot (t. I, n° 194), que les articles 88 et suivants ne sont que facultatifs; et c'est en ce sens que paraît aussi se former de plus en plus la jurisprudence (comp. notre *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. IV, n° 429; Paris, 8 juillet 1820, Delnaye, Sirey, 1820, II, 307; Colmar, 25 janvier 1823, Ogé, Sirey, 1824, II, 156; Cass., 23 août 1826, Ogé, D., 1827, I, 8).

On cite à la vérité, comme contraire, un arrêt du 17 août 1815 (Cass., Borel C. le proc. général, Sirey, 1815, I, 297).

Mais tout ce qui résulterait de cette décision, c'est que l'officier public étranger n'aurait pas de compétence et ne pourrait pas exercer ses fonctions dans certains lieux restreints, spécialement et exclusivement placés sous la domination des autorités françaises, comme, par exemple, un hôpital (art. 197); et sous ce point de vue, cet arrêt

lui-même me paraît conforme aux principes (comp. Marcadé sur l'article 88).

316. — N° 5. Enfin le Sénatus-consulte du 25 décembre 1852 renfermait les dispositions spéciales, qui sont relatives aux actes de l'état civil concernant les membres de la famille impériale (*voy.* l'article 8).

CHAPITRE II.

DE LA PREUVE LÉGALE QUI RÉSULTE DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SOMMAIRE.

317. — Il y a ici deux questions :

1° Quelle foi est due aux *extraits*, c'est-à-dire aux copies littérales et entières extraites des registres de l'état civil?

2° Quelle foi est due aux actes eux-mêmes, aux différentes déclarations ou énonciations qu'ils renferment?

Nous allons les examiner successivement.

1° L'article 6 du titre II de la loi du 20 septembre 1792 décidait en même temps ces deux questions :

« Les actes contenus dans les registres, et les extraits « qui en seront délivrés, feront foi et preuve, en justice, « des naissances, mariages et décès. »

La rédaction de l'article 45 du Code Napoléon est très-différente :

« Toute personne pourra se faire délivrer, par les dé- « positaires des registres de l'état civil, des extraits de ces « registres. Les extraits délivrés conformes aux registres

« et légalisés par le président du tribunal de première « instance ou par le juge qui le remplacera, feront foi « jusqu'à inscription de faux. »

D'une part, le texte même ne s'applique qu'aux extraits; d'autre part, ainsi limité, il est exact, parce qu'il dit seulement que les extraits font foi, jusqu'à inscription de faux, de leur conformité entière et absolue à l'original; mais il serait inexact, si on l'étendait aux actes mêmes de l'état civil, pour en conclure qu'ils font foi, jusqu'à inscription de faux, de tout ce qu'ils renferment (*infra*, n° 319).

Pour que les extraits obtiennent cette foi, que l'article 45 leur accorde, il faut qu'ils soient délivrés et certifiés conformes par les dépositaires des registres, c'est-à-dire par les officiers de l'état civil ou par les greffiers des tribunaux (art. 49), et non point par les secrétaires de mairie, qui n'ont pas qualité à cet effet (avis du conseil d'État du 2 juillet 1807).

La légalisation, c'est-à-dire l'attestation de la vérité de la signature du dépositaire qui a délivré l'extrait, nous paraît exigée par le texte, dans tous les cas, et non pas seulement, comme l'ont soutenu plusieurs auteurs (Toullier, t. I, n° 307; Rieff, n° 68), par induction de l'article 28 de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, dans le cas où l'extrait est produit hors de l'arrondissement où il a été délivré; la signature des notaires est, en effet, plus connue que celle des maires et des adjoints, qui sont beaucoup plus nombreux et en outre révocables (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 195; Duranton, t. I, n° 299; Coin-Delisle. art. 47, n° 7).

318. — L'article 1334 est-il applicable aux extraits des registres de l'état civil? en d'autres termes, si la conformité de l'extrait avec le registre est contestée, la représentation du registre lui-même peut-elle être exigée?

Pour l'affirmative, on dit : l'article 1334 consacre un principe général, fondé sur la raison même, et auquel

on ne doit dès lors déroger qu'autant qu'un texte ou des motifs particuliers en font une nécessité; et il n'y a rien ici de semblable.

D'une part, l'article 45 n'accorde force probante aux extraits qu'autant qu'ils sont conformes aux registres; or, précisément, nous supposons qu'on soutient qu'ils n'y sont pas conformes; donc, l'article 45 n'est pas applicable, tant que la conformité n'est pas certaine; et elle ne peut l'être que par la représentation du registre.

D'autre part, les motifs de l'article 1334 existent ici dans toute leur force. Y a-t-il moins de fraudes, n'y a-t-il pas plus d'erreurs et plus d'inexactitudes à craindre dans les extraits des registres de l'état civil que dans les expéditions, par exemple, des actes notariés? Ces extraits ne sont-ils pas délivrés souvent, dans les campagnes, par des officiers de l'état civil très-peu exercés? Le tribunal devra donc se faire apporter les registres, s'ils sont déposés à son greffe, ou délivrera une commission rogatoire pour les vérifier, s'ils se trouvent dans un dépôt éloigné (comp. Duranton, t. I, n° 299; Richelot, t. I, n° 152; Vazeille, *Du Mariage*, t. I, n° 299; Rieff, n° 66; Larombière, t. IV, art. 1334, n° 5).

Je pense néanmoins que l'article 1334 n'est pas ici applicable :

La preuve en résulte d'abord du texte même de l'article 45, qui me paraît, dans le système contraire, véritablement inintelligible; il dispose, en effet, que les extraits feront foi jusqu'à inscription de faux.... de quoi?... de leur conformité aux registres! or, ils n'en feraient pas foi jusqu'à inscription de faux, s'il suffisait, pour les combattre, de demander la représentation du registre. Bien plus! il serait inouï qu'on eût fait un article pour dire que les extraits feraient foi de leur conformité avec les registres jusqu'à inscription de faux, dans le cas où, confrontés avec ces registres, ils s'y trouveraient, en effet, conformes! Eh! vraiment, que signifie l'extrait en

présence du registre? mais c'est alors le registre lui-même qui fait foi! l'article 45 n'aurait donc pas de sens.

Aussi, Duranton (t. I, n° 299) est-il forcé d'appliquer aux registres eux-mêmes cet article, qui, suivant la remarque que j'en ai déjà faite, ne s'applique pourtant qu'aux extraits — *délivrés conformes!*.... oui, certifiés tels, déclarés tels; voilà le sens de ces mots, qui ne veulent pas dire : *s'ils sont conformes*, mais qui les présument tels de plein droit, dès que le dépositaire des registres l'a attesté en vertu de la mission, qu'il a reçue de la loi. Aussi, voyez comme la rédaction de l'article 45 est différente de celle de l'article 1334! Et on en trouve d'ailleurs le motif dans la difficulté et les dangers du déplacement des registres de l'état civil, dans cette faculté surtout qui appartient à ceux qui contestent la fidélité des extraits, de s'en procurer d'autres eux-mêmes (art. 45), faculté qui n'existe pas pour les actes notariés (art. 23 de la loi du 25 ventôse an XI), ni, en général, pour les autres actes (art. 58 de la loi du 22 frimaire an VIII).

L'article 45 me paraît donc, à cet égard, spécial; et j'en découvre une dernière preuve encore dans l'aveu de ceux mêmes (Delvincourt, t. I, p. 28, note 4; Zachariæ, t. I, p. 147) qui, ne voulant pas y voir une dérogation à l'article 1334, y reconnaissent néanmoins une dérogation à l'article 1335! (Comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. VI, n° 685; Cass., 9 nov. 1846, Aug., Dev., 1847, I, 55; Bonnier, *Traité des preuves*, n° 744; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 122; Demante, t. I, n° 90 *bis*, I et II; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 196).

319. — 2° Quoique l'article 45 ne s'applique, par la forme de sa rédaction, qu'aux extraits des registres, il est très-vrai qu'il présuppose, comme dit Merlin, que les registres eux-mêmes, c'est-à-dire les actes de l'état civil, font aussi foi jusqu'à inscription de faux (*Rép.*, t. XVI, v° *État civil*, § 2, p. 306).

Cette force probante leur appartient d'ailleurs en vertu des textes et des principes généraux sur les actes authentiques (art. 1317, 1319).

Mais est-ce à dire que toutes les déclarations et énonciations qu'ils renferment, font également foi jusqu'à inscription de faux?

L'affirmative est évidemment impossible; et voici, à cet égard, trois propositions qui me paraissent généralement exactes, en ce qui concerne la foi due aux actes authentiques :

1° C'est à l'officier public lui-même, et non pas à d'autres, que la loi accorde cette confiance, par suite de laquelle l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. Cette foi ne peut donc s'attacher qu'à son témoignage personnel, qu'à ce qu'il déclare avoir vu ou entendu lui-même, *de visu aut auditu.... ex propriis sensibus.... ex certa conscientia* (comp. Aix, 18 avril 1870, Granoux, Dev., 1872, II, 69; Pau, 19 févr. 1873, Dumont, Dev., 1873, II, 85).

2° Même pour ce qu'il atteste de cette manière, l'officier public ne peut être cru jusqu'à inscription de faux, qu'autant qu'il se renferme dans le cercle des attributions qui lui sont départies; car il est le mandataire de la loi; et il doit, suivant la règle générale, rester dans les limites de son mandat. Au delà, il est sans caractère; la confiance de la loi se retire de lui.

3° Enfin, la garantie de la sincérité de l'officier public n'est pas seulement dans le choix par lequel l'autorité l'a désigné; elle est aussi dans la peine redoutable dans la peine des travaux forcés à perpétuité, qui le menace, s'il commettait un faux (art. 145, 146 Cod. pén.);

Or, d'une part, lui seul est menacé de cette peine, et non les autres personnes qui figurent dans l'acte; d'autre part, il n'en est menacé lui-même, qu'autant qu'il agit dans l'exercice de ses fonctions et dans les limites de son mandat;

Donc, tout autre que lui, donc lui-même, dès qu'il sort de ses attributions, n'offre plus cette garantie puissante, qui ne permet d'attaquer certains actes que par la voie difficile et périlleuse de l'inscription de faux (art. 239 et suiv., Code de procéd.; comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. VI, n° 270-272).

320. — Appliquons ces principes, par exemple, à un acte de naissance.

Voici un acte qui constate que tel jour, à telle heure, un officier de santé, une sage-femme, ont déclaré à l'officier de l'état civil que Sophie, épouse légitime de Pierre, est accouchée d'un enfant tel jour, à telle heure; que l'enfant a été présenté à l'officier de l'état civil; et que tels prénoms, etc., lui ont été donnés.

Je puis attaquer cet acte sous plusieurs rapports, en soutenant :

1° Que personne n'a rien déclaré à l'officier de l'état civil et qu'aucun enfant ne lui a été présenté;

2° Que les déclarants ont trompé l'officier de l'état civil, et que Sophie n'est point accouchée, ou que les jour et heure de l'accouchement ne sont pas exactement indiqués;

3° Que Pierre et Sophie, désignés comme époux légitimes, ne sont pas effectivement mariés.

Quand faudra-t-il, dans ces différents cas, m'inscrire en faux?

1° La nécessité en est évidente dans le premier cas; c'est alors, en effet, à l'officier public lui-même et directement que je m'attaque. La déclaration, que je nie avoir été faite, mais il déclare l'avoir entendue! L'enfant que je nie avoir été présenté, mais il déclare l'avoir vu!.... Je me pose donc en face de lui-même! je lui donne un démenti sur des faits qu'il atteste personnellement, *de visu aut auditu*, dans l'exercice de ses fonctions, et à raison desquels, s'il avait commis un faux, il serait frappé de la peine des travaux forcés à perpétuité!

2° Supposez maintenant que je reconnais comme vrais les faits attestés par l'officier public : et les déclarations des comparants, et la présentation de l'enfant. Je soutiens seulement que Sophie n'est point accouchée, et que l'enfant présenté comme né d'elle et de son mari, ne leur appartient pas.

Faut-il alors que je m'inscrive en faux ?

Les opinions sont très-divisées sur ce point.

Beaucoup d'auteurs enseignent que le faux, dans les actes de l'état civil, peut être commis non-seulement par l'officier public, mais même aussi par les déclarants ; et pour déterminer dans quels cas les déclarants peuvent eux-mêmes commettre un faux, on distingue les déclarations qui, bien que certifiées seulement par les déclarants et non par l'officier public, forment néanmoins la preuve que l'acte est destiné à produire, et sont, en conséquence, substantielles, d'avec les déclarations qui ne pouvant, au contraire, être opposées à personne, et ne formant point preuve, ne constituent dès lors qu'un simple mensonge.

Il y a, en effet, certaines circonstances, certains faits, dont il était utile et intéressant d'obtenir la preuve, et que pourtant l'officier public ne pouvait pas attester lui-même *de visu aut auditu*, parce qu'il n'en a pas la connaissance personnelle; tels sont précisément dans un acte de naissance, les noms des père et mère légitimes, le jour et l'heure de l'accouchement. Eh bien ! c'est de ces faits que la loi a chargé certaines personnes de faire les déclarations (art. 56).

Cela posé, on soutient que ces sortes de déclarations, émanées de personnes désignées par la loi, font foi jusqu'à inscription de faux. On raisonne ainsi :

1° La foi est due, jusqu'à inscription de faux, aux déclarations de ceux auxquels la loi a conféré un caractère public et une mission officielle; or, ce caractère public, cette mission officielle sont conférés par l'article 56 aux docteurs en médecine, officiers de santé, etc. ; donc,

leur déclaration sur les faits qu'ils sont chargés d'attester pour que l'acte, en effet, les prouve, doit faire foi jusqu'à inscription de faux!

2° Toute déclaration, qui altère la substance d'un acte public et intervertit son but principal, constitue un faux; or, la déclaration des père et mère légitimes est substantielle dans l'acte de naissance, puisqu'elle est destinée à faire preuve (art. 319); donc, toute fausse déclaration à cet égard est un faux, puisqu'elle attribue à un acte public une force probante qui ne devrait pas lui appartenir et qui préjudicie aux tiers.

3° L'intérêt suprême de la société l'exigeait ainsi. Il faut bien en effet conserver les familles et dès lors constater authentiquement les filiations légitimes, qui les perpétuent. Que deviendrait l'état des hommes, si les actes de naissance ne prouvaient pas la filiation des enfants légitimes? Sans doute, il y a bien là quelques dangers; et on peut craindre des suppositions d'enfant; mais, « quelque douteuse que puisse être cette « preuve, disait d'Aguesseau, tout sera encore plus dou- « teux, si on ne l'admet pas. » (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Maternité*, p. 291.) La possession d'état, il est vrai, peut remplacer le titre (art. 320); mais elle n'est qu'un moyen secondaire, qui peut manquer plus d'une fois à l'enfant, si par exemple il a de bonne heure perdu ses père et mère, et dans d'autres circonstances encore. Aussi, la loi met-elle au premier rang des preuves de la filiation légitime l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil (art. 46, 319; comp. Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Maternité*, § 6; Toullier, t. II, n° 865; Proudhon, t. II, p. 88; Delvincourt, t. I, p. 28, note 6; Duranton, t. I, n°s 305-308; Coin-Delisle, art. 46, n° 1; *voy.* aussi Cass., 10 messidor an XII, Jean-Pierre Houel, arrêt rapporté par Merlin, *Quest. de droit*, t. V, v° *Quest. d'État*, § 3, p. 238; Mangin, n° 184; Leseyllier, n°s 1515-1516).

Je pense néanmoins qu'il n'est pas, dans ce cas, néces-

saire de s'inscrire en faux. Aucun des motifs, en effet, qui méritent cette foi aux actes authentiques ne se rencontre ici :

1° Nulle garantie du caractère et de la moralité de la personne des déclarants ; c'est le premier venu, en quelque sorte, qui peut se faire déclarant ! c'est un mineur, une sage-femme ; c'est toute personne enfin qui déclare elle-même, et on l'en croit sur parole ! avoir assisté à l'accouchement (Duranton, t. I, n° 310). Leur déclaration fera foi, il est vrai ; et c'est déjà une exception à la règle, qui ne permet pas d'opposer à une personne un acte qu'elle n'a pas signé, et bien plus, dans lequel elle n'a pas du tout figuré, ni par elle-même ni par un fondé de pouvoirs. Quoi qu'il en soit, l'intérêt général a motivé cette exception ; mais elle doit avoir une limite raisonnable ; ériger les déclarants en autant d'officiers publics, imprimer à leurs déclarations cette foi puissante que l'inscription de faux peut seule attaquer, c'est dépasser les bornes et s'exposer à beaucoup de dangers ! Les déclarants sont si peu officiers publics à l'effet d'indiquer le nom des père et mère, que la Cour de cassation a jugé, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 294), que cette obligation même ne leur était pas imposée, et qu'ils étaient seulement tenus de déclarer le fait de la naissance.

2° La preuve en est surtout dans le rapprochement des différents articles du Code pénal. Le faux commis dans un acte public entraîne la peine des travaux forcés (art. 145-148, Code pén.) ; et l'officier public, lui ! est même puni, en cas de faux, des travaux forcés à perpétuité ; eh bien ! au contraire, le déclarant, qui attribue faussement à une femme un enfant qui n'est pas né d'elle, n'est puni que de la réclusion (art. 345, Code pén.) c'est-à-dire de la même peine qui atteint seulement le faux témoignage (art. 363, Code pén.) ; or, comment serait-il possible qu'on fût obligé de s'inscrire en faux contre une déclaration qui, démontrée mensongère, ne consti-

tuerait pas un faux, et dont l'auteur, en effet, ne serait pas puni comme faussaire? cela ne serait ni logique ni sage, puisque la foi due à l'acte ne reposerait plus sur la garantie, qui doit la sanctionner. Cet argument, tiré du Code pénal de 1810, me détermine et me paraît écarter l'autorité de l'arrêt du 10 messidor an XII, et de quelques autres arrêts encore, antérieurs à sa promulgation. Ajoutons que l'article 323, qui permet à l'enfant inscrit sous de faux noms de prouver sa filiation par témoins, ne lui impose pas l'obligation d'attaquer son acte de naissance par voie d'inscription de faux (comp. notre *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 239; Valette sur Proudhon, t. I, p. 206, et t. II, p. 80; Richelot, t. I, p. 213, note 2; Angers, 25 mai 1822, Hamon, Sirey, 1823, II, 105; Cass., 12 juin 1823, Caron, Sirey, 1823, I, 394; Cass., 16 mars 1841, Constant, Dev., 1841, I, 532; Nîmes, 13 juin 1860, Fournier, Dev., 1860, II, 376; et J. du P. 1861, p. 1108; ajout. Duvergier sur Toullier, t. I, n° 223; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 123; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 195; Demante, t. I, n° 90 *bis*, V).

Cette doctrine, toutefois, vient d'être contestée très-sérieusement par notre ancien disciple et savant collègue, M. Bertauld, qui invoque, avec une grande force, l'article 147 du Code pénal (*Quest. et excep. préjud.*, n[os] 30-32); mais nous croyons que tel n'est pas le véritable terrain de cette controverse, et que notre question appartient spécialement à la section VI du titre II du livre III du Code pénal, qui s'occupe, en effet, spécialement *des crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant*, etc.

3° Enfin, supposez qu'en présence de cet acte de naissance, qui déclare que tel enfant est né de Sophie et de Pierre, légitimement mariés, je nie le mariage de Pierre et de Sophie.

On avait d'abord prétendu que, même dans ce cas, je

devais m'inscrire en faux! (Merlin *Quest. de droit*, t. III, v° *Faux*, § 3, n° 1, et t. VI, v° *Suppression d'état*, p. 188.)

Mais on est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que cette énonciation ne fait aucune preuve, et que dès lors il n'est pas besoin de la combattre autrement que par une pure dénégation, que par une protestation absolue et péremptoire. (Comp. Cass., 24 févr. 1870, Vallette, Dev., 1871, I, 167).

En effet, ce n'est pas l'acte de naissance qui prouve le mariage des père et mère de l'enfant; c'est uniquement l'acte de célébration du mariage inscrit sur les registres de l'état civil (art. 194); et, même dans le cas particulier de l'article 197, où l'enfant est dispensé de le représenter, ce n'est pas son acte de naissance qui prouve sa légitimité; il suffit seulement qu'il n'y soit pas contraire (Agen, 18 mai 1842, Chize, Dev., 1842, II, 541), or, il est évident qu'on n'a besoin, ni d'inscription de faux, ni d'aucun autre moyen, contre un acte qui ne produit lui-même aucune preuve.

Il en est ainsi, par la même raison, de toutes les autres énonciations semblables, qui se trouvent dans un acte de l'état civil, et particulièrement de celles qui n'auraient pas dû y être insérées.

Un homme ou une femme, désignés comme père ou mère naturels d'un enfant, qu'ils n'ont pas reconnu, ne sont donc pas obligés, je ne dis pas de s'inscrire en faux, mais même d'offrir aucune preuve contraire; bien plus, ils peuvent *de plano* demander des dommages intérêts soit à l'officier de l'état civil, soit aux déclarants.

En résumé, parmi les énonciations des actes de l'état civil, les unes font foi jusqu'à inscription de faux; les autres font foi seulement jusqu'à la preuve contraire, qui peut être entreprise sans inscription de faux; les troisièmes, enfin, ne font aucune preuve.

CHAPITRE III.

DES MOYENS A EMPLOYER 1° LORSQU'IL N'A POINT EXISTÉ DE REGISTRES OU QU'ILS ONT ÉTÉ PERDUS : 2° LORSQU'IL Y A LIEU DE RECTIFIER LES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL EXISTANTS.

SECTION I.

INEXISTENCE OU PERTE DES REGISTRES.

SOMMAIRE.

321. — En général, les naissances, mariages et décès ne peuvent être prouvés que par des actes inscrits sur les registres de l'état civil. — Exceptions autorisées par l'article 46.
322. — Dans quels cas cet article est-il applicable?
323. — Suite. — *Quid*, si un acte de l'état civil a été inscrit sur une feuille volante?
324. — Suite. — *Quid*, si on demande à prouver le défaut d'inscription, c'est-à-dire l'omission d'un acte de l'état civil sur les registres?
225. — En quoi consiste la preuve exceptionnelle admise par l'article 46?
326. — Dans quels cas cette preuve est-elle admissible? et quel effet produit-elle?
327. — L'article 46 est applicable, en général, à tous les actes qui auraient pu être inscrits sur les registres de l'état civil.
328. — Il est applicable aux actes reçus en pays étranger?
329. — L'hypothèse de l'article 46 est soumise aux mêmes règles que celle de la rectification des actes de l'état civil, en ce qui concerne la qualité des personnes qui peuvent agir, la compétence des tribunaux et les effets des jugements.

321. — En règle générale, les naissances, mariages et décès, ne peuvent être prouvés que par des actes inscrits sur les registres de l'état civil. On ne comprendrait pas pourquoi la loi aurait entouré la tenue et la rédaction de ces actes de tant de garanties, si toute autre preuve, testimoniale ou même littérale, eût été également admissible ; aussi, toutes ces dispositions attestent que c'est, en effet, des actes inscrits sur les registres de l'état civil que cette preuve peut seulement résulter (art. 45, 46, 62, 171, 194, 198, 319, 359).

Toutefois, la nécessité même a dû faire fléchir cette règle dans certaines circonstances, où elle aurait été injuste, comme si, par exemple, la guerre ou une maladie contagieuse a empêché la tenue des registres, ou bien s'ils ont été détruits par un crime, ou par un incendie, ou par tout autre cas fortuit :

« Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils « seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres « que par témoins; et, dans ces cas, les naissances, ma« riages et décès pourront être prouvés, tant par les re« gistres et papiers émanés des père et mère décédés, « que par témoins (art. 46). »

Cet article, reproduit presque littéralement d'après l'article 14 du titre XX de l'ordonnance de 1667, s'est trouvé, pour ainsi dire, interprété d'avance par les anciens auteurs et par la pratique d'autrefois, qui s'étaient accordés à entendre l'article 14 de l'ordonnance, de manière à laisser aux magistrats une assez grande latitude d'appréciation. Nous verrons pourtant qu'elle doit avoir ses limites.

Deux questions sont à résoudre sur cet important article :

1° Dans quels cas est admissible la preuve exceptionnelle qu'il autorise?

2° Lorsqu'elle est admissible, comment doit-elle être faite, et quel effet produit-elle?

322. — § 1. L'article 46 détermine très-nettement les deux cas auxquels il s'applique :

« Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils se« ront perdus. » (Comp. Cass., 9 juill. 1873, Letombe, Dev. 1873-I-405; Bordeaux, 26 mars 1878; Dussault, Dev., 1878-2-204).

Mais que décider dans les hypothèses suivantes :

1° Les registres existent; mais ils sont évidemment mal tenus, sans ordre, pleins de lacunes, rédigés après coup et de mémoire.

2° La destruction des registres est partielle ; par exemple, un ou plusieurs feuillets seulement en ont été arrachés.

3° Les registres existent et sont bien tenus; mais on présente un acte de l'état civil inscrit sur une feuille volante.

4° Les registres existent et sont bien tenus ; mais on allègue et on demande à prouver l'omission d'un acte de l'état civil, qui aurait dû, dit-on, y être inscrit.

On s'accorde, en général, à reconnaître que les deux premières hypothèses rentrent dans les termes mêmes de l'article 46 :

1° Des registres mal tenus et au mépris de toutes les prescriptions de la loi, doivent être considérés comme n'existant pas légalement (comp. Bordeaux, 9 mars 1812, Marguerite Guillet, Sirey, 1812, II, 421; Montpellier, mars 1832, Griffaulières, D., 1833, II, 50).

2° La destruction partielle équivaut à la destruction totale pour la personne qui prétend que l'acte, qui la concerne, se trouvait precisément sur la partie détruite.

C'est ce qui résulte de l'article 5 de la loi du 13 janvier 1817, qui porte « que la preuve testimoniale du « décès (des militaires) pourra être ordonnée, *conformé-* « *ment à l'article 46 du Code Napoléon*, s'il est prouvé « qu'il n'y en a point eu de registres ou qu'ils ont été « perdus en tout *ou en partie....* »

Il appartient seulement aux magistrats d'examiner alors si la destruction partielle ne serait pas l'œuvre frauduleuse de la personne elle-même, qui demande à en profiter (comp. Cass., 21 juin 1814, Saboués, Sirey, 1814, I, 291 ; Cass., 24 mars 1829, Baylon, D., 1829, I, 198; Bastia, 10 mars 1842, Marcelli, D., 1842, II, 81 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 124; Demante, t. I, n° 91 *bis*, I et II ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 191).

323. — 3° La difficulté est beaucoup plus sérieuse dans le cas où un acte de l'état civil a été inscrit sur une feuille volante.

Une opinion très-accréditée enseigne qu'un tel acte peut donner lieu à l'application de l'article 46, ou même faire, suivant les cas, preuve complète, comme si, par exemple, il s'agissait d'un acte de mariage signé des époux et suivi de la possession d'état.

On dit 1° que la loi n'a point prononcé la nullité des actes de l'état civil qui ne sont pas dressés conformément à ses prescriptions, et que l'article 46 doit être entendu de manière à laisser aux juges la plus grande latitude d'interprétation, suivant la faveur plus ou moins grande des faits, ou plutôt suivant le caractère de vérité et de bonne foi que présentent les circonstances; 2° que tel était le sens de la déclaration du 9 avril 1736, dont l'article 9 prononce seulement des peines contre le curé qui aurait inscrit un acte de mariage sur une feuille volante, et contre les contractants la privation des effets civils, *s'il y échet....;* 3° qu'il ne faut pas, en effet, rendre les parties nécessairement victimes de la négligence ou de l'impéritie de l'officier de l'état civil; et qu'enfin puisque la preuve exceptionnelle autorisée par l'article 46, est admise dans le cas d'omission d'un acte, lors même que les registres existent, *a fortiori* doit-elle être admise, lorsqu'il y a déjà un acte, inscrit seulement sur une feuille volante; et la Cour de Metz a en effet validé la reconnaissance d'un enfant naturel inscrite sur une feuille volante. (Metz, 19 août 1824, N.... C. Bouvin, D., 1833, II, 163; comp. Toullier, t. I, n° 348; Coin-Delisle, art. 52, n° 3; Richelot, t. I, p. 195, note 1; Rieff, n°s 106, 107; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n°s 337-338).

Cette opinion est favorable; et je ne serais pas surpris de la voir triompher souvent dans la pratique. Mais pourtant je dois dire qu'elle ne me paraît pas rigoureusement conforme aux principes.

Il est vrai, comme nous le verrons en parlant de la rectification des actes de l'état civil, que la loi n'a pas

prononcé de nullités dans notre titre; mais pourtant il n'en faudrait pas, bien entendu, conclure que tout acte, si informe qu'il soit, puisse être considéré comme un acte de l'état civil, s'il manque des conditions essentielles qui constituent les actes de ce genre; or, il me semble qu'au nombre de ces conditions se trouve l'inscription sur les registres de l'état civil (*voy.* tous les articles cités plus haut n° 321). L'officier de l'état civil n'est donc plus compétent, il perd son caractère officiel, lorsqu'il inscrit des actes ailleurs que sur les registres publics à ce destinés.... sur des feuilles volantes.... qui sait même? peut-être sur ses registres personnels, sur ses papiers domestiques! car où s'arrêtera-t-on en effet? et que dire, si ce papier, si cette feuille n'est pas signée des parties et contient seulement leur déclaration de ne savoir pas signer? Il faudrait donc aussi l'admettre? car enfin la signature des parties n'est pas indispensable; elle est remplacée valablement par la déclaration de l'officier de l'état civil (art. 39).

Remarquez que la loi elle-même signale l'inscription sur une feuille volante comme l'une des infractions les plus graves à ses prescriptions! (art. 52.) On perd ainsi, en effet, toutes les garanties, celles de la certitude de la date surtout, qui résulte de la succession des actes sur des registres cotés et paraphés. Et précisément cette inscription d'un acte sur une feuille volante doit d'autant plus éveiller les soupçons, que nous supposons les registres existants et bien tenus! L'argument tiré de la négligence et de l'impéritie de l'officier de l'état civil est alors bien affaibli, et peut même faire place à une autre crainte, celle d'une collusion frauduleuse et d'une antidate concertée.

Aussi, l'article 194 dispose-t-il que « nul ne peut « réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, « s'il ne représente un acte de célébration *inscrit sur les « registres de l'état civil,* sauf les cas prévus par l'arti-

46, » c'est-à-dire sauf les cas où les registres n'ont existé ou ont été perdus.

Je penserais donc qu'en principe, l'acte, pour faire preuve, doit être inscrit sur les registres, et que la production d'un acte inscrit sur une feuille volante, lorsque d'ailleurs les registres existent et sont bien tenus, n'autoriserait pas l'admission de la preuve exceptionnelle de l'article 46 (comp. Duranton, t. I, n° 341 et t. II, n° 251; Zachariæ, t. IV, p. 48, note 7; *voy.* aussi Cass., 21 nov. 1808, D., *Rec. alp.*, t. X, v° *Mariage*, section VIII, n° 4).

324. — 4° Reste la quatrième hypothèse, où on prétend qu'un acte, qui aurait dû être rédigé, a été omis; et celle-ci me paraît particulièrement très-grave.

Beaucoup d'auteurs enseignent que l'article 46 s'applique aussi à cette hypothèse; et c'est même de cette solution qu'ils argumentent *a fortiori*, pour appliquer l'article 46 au cas de l'inscription d'un acte sur une feuille volante :

1° On invoque, comme tout à l'heure, la jurisprudence ancienne, adoptée par le Code Napoléon, d'après laquelle l'article 14 du titre XX de l'ordonnance de 1667, reproduit littéralement par l'article 46, n'était ni exclusif ni limitatif. 2° On rappelle que cette difficulté elle-même ayant été agitée au conseil d'État, il fut seulement reconnu « qu'il serait dangereux que la loi prévît le cas d'omission et qu'il était plus convenable que les contestations, auxquelles les omissions pourraient donner lieu, fussent portées devant les tribunaux, qui y statueraient suivant les circonstances. » (Locré, t. III, p. 68.) 3° Il n'est pas juste dans ce cas, pas plus que dans le précédent, de rendre les parties victimes de la négligence de l'officier de l'état civil, ou peut-être même de circonstances fortuites qui auraient empêché de rédiger l'acte. 4° On a même invoqué l'article 75 de la loi du 25 mars 1817, qui prescrit « de viser pour timbre, et d'enregistrer gratis

les actes de procédure et les jugements à la requête du ministère public ayant pour objet de réparer les *omissions* et de faire les rectifications, sur les registres de l'état civil, d'actes qui intéressent les individus notoirement indigents. » (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Légitimité*, sect. I, § 2, et *Quest. de droit*, v° *Décès*, § 1 ; Coin-Delisle, art. 46, n° 19; Richelot, t. I, n° 215.) Plusieurs arrêts ont effectivement consacré cette doctrine (Cass., 22 déc. 1819, Rivayran, Sirey, 1820, I, 281 ; Cass., 1er juin 1830, Delacour, Sirey, 1830, I, 213; Limoges, 26 juillet 1832, Couty, D., 1832, II, 182).

Je pense au contraire, et même dans ce cas avec plus de conviction et de fermeté que dans l'hypothèse précédente, que la preuve exceptionnelle de l'article 46 ne saurait être admise :

1° Le texte même de l'article 46 s'y oppose; car il n'admet cette preuve exceptionnelle que lorsqu'il n'a point existé de registres ou lorsqu'ils sont perdus. Qu'on interprète largement cet article; qu'on l'étende à tous les cas qui peuvent être assimilés aux deux hypothèses qu'il prévoit, à la mauvaise tenue des registres, à la lacération partielle, cela est juste; mais lorsqu'il existe des registres intacts et régulièrement tenus, je crois qu'il faut convenir que le texte est trop formel pour que l'interprétation, même la plus extensive, puisse l'appliquer à l'hypothèse proposée.

2° Si on l'appliquait, la vérité est que les actes de l'état civil pourraient être toujours et indistinctement prouvés tant par titres que par témoins. Il est clair qu'il ne serait plus nécessaire de faire inscrire les actes sur les registres, puisqu'il suffirait de soutenir qu'il y a eu omission, pour être admis à prouver autrement le fait qui aurait dû être constaté. Cela revient donc à dire que la preuve testimoniale pourrait être admise dans tous les cas; or, c'est là le renversement complet de toute la théorie de la loi sur cette matière, théorie si sage, si pré-

voyante, réclamée par les plus puissantes considérations dans l'intérêt des familles et de la société.

3° Quand la loi admet par exception une autre preuve que celle résultant des actes inscrits sur les registres, c'est qu'il y a déjà un fait prouvé, un fait matériel important, savoir : l'inexistence ou la destruction des registres, qui rend vraisemblable la prétention de celui qui allègue que son titre a dû exister ou qu'il a été perdu sans sa faute ; mais il n'y a rien de pareil dans notre hypothèse ! Et particulièrement, en ce qui concerne l'acte de naissance des enfants légitimes, cette hypothèse même suppose que l'individu, qui prétend que son acte de naissance a été omis, n'a pas la possession d'état (car s'il l'avait, cette preuve le dispenserait de toute autre ! (Art. 320.) Or, qui ne voit combien il serait dangereux d'admettre à la preuve exceptionnelle autorisée par l'article 46 un tel réclamant, qui n'a ni titre, ni possession d'état ! Et quand on parle de la négligence ou de l'impéritie de l'officier de l'état civil, remarquez que cet argument est démenti par les registres eux-mêmes, qui sont là, intacts et réguliers ! Remarquez enfin que la loi doit supposer que les officiers de l'état civil remplissent leurs devoirs, et qu'après tout, les parties elles-mêmes peuvent et doivent veiller à ce que les actes qui les concernent soient portés sur les registres. L'argument tiré de l'article 75 de la loi du 25 mars 1817 me semble bien éloigné et bien indirect ; il est permis de croire qu'il n'a pas entendu décider notre question, et qu'il s'applique plus spécialement aux omissions commises dans les actes eux-mêmes.

Il y a sans doute certains cas, dans lesquels la loi n'exige pas la représentation de l'acte même inscrit sur les registres de l'état civil, ou permet d'y suppléer par d'autres moyens ; mais ces cas sont exceptionnels ; ils sont soumis à certaines conditions, limités à certaines personnes et à certains effets ; ils ne rentrent point enfin dans l'application de l'article 46 ; et il ne s'agit

point alors de la preuve exceptionnelle qu'il autorise.

Ainsi, comme nous venons de le dire, la possession d'état d'enfant légitime remplace l'acte de naissance (art. 320). Ainsi, dans le cas de l'article 197, les enfants sont dispensés de représenter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère décédés, parce qu'ils peuvent ignorer le lieu où cet acte se trouve. Tels sont encore les articles 70 et 71, qui indiquent un moyen de suppléer, dans une hypothèse prévue et pour un effet déterminé, à l'acte de naissance (*voy.* encore art. 155, et les avis du conseil d'État des 4 thermidor an XIII, et 30 mars 1808).

Mais ce sont là, je le répète, des hypothèses spéciales, étrangères à notre question, et dans lesquelles, pour la plupart, il s'agit, non pas de l'omission d'un acte sur les registres, mais de l'impossibilité où se trouvent les parties, de savoir le lieu où cet acte a été rédigé. (Comp. Duranton, t. I, n° 297; Valette sur Proudhon, t. I, p. 212; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n°s 319-340 et 361; Demante, t. I, n° 91 *bis*, II; *voy.* aussi Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 292; *Leçons sur l'état civil*, etc., par Th. Barilliet, 1879, p. 316 et suiv.)

325. — § 2. Lorsque la preuve exceptionnelle autorisée par l'article 46 est admissible, comment doit-elle être faite, et quel effet produit-elle?

Deux faits sont à prouver :

D'abord et préalablement, l'inexistence ou la perte des registres;

Ensuite, la naissance, le mariage ou le décès en question.

Quant au premier, la preuve *en sera reçue* tant par titres que par témoins, c'est-à-dire, soit par titres, par témoins seulement. (Art. 222 Code de procéd.)

Quant au second, les naissances, mariages et décès *pourront être prouvés* tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins. (Comp. notre *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général.*, t. VI, n° 621.)

Cette différence de rédaction atteste suffisamment le pouvoir discrétionnaire, qui appartient, dans le second cas, aux juges, suivant que leur sagesse le croit convenable dans l'état des faits, soit d'admettre la preuve testimoniale toute seule, soit de ne l'admettre qu'autant qu'il y a déjà un commencement de preuve par écrit. (Comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Actes de l'état civil*, § 2, n° 3; Duranton, t. I, n° 294; Cass., 4 fév. 1822, Macdermott, Sirey, 1822, I, 242; Cass., 12 déc. 1827, Sajous-Lac, D., 1828, I, 55; Cass., 20 mars 1838, Roche, D., 1838, I, 205; Cass., 8 août 1864, Ali-Ben-Mabrouck, Dev., 1864, I, 407.)

Dès que la preuve testimoniale elle-même serait admissible toute seule, si les juges croyaient devoir l'admettre, il est logique et raisonnable d'en conclure que l'article 46 ne saurait être entendu dans un sens limitatif, quant au genre de preuves qu'il indique.

Ainsi, il n'est pas douteux que les présomptions seront admissibles. (Art. 1353; Cass., 16 fév. 1837, Coste, D., 1837, I, 253; Bordeaux, 6 mars 1874, Ducasse; et 2 juin 1875, Legall, Dev., 1876, 2, 9 et 10; Bordeaux, 7 fév. 1876, Destaillots, Dev., 1877, 2, 52.)

Et je ne vois pas non plus pourquoi, malgré le dissentiment de M. Rieff (n° 76), on n'admettrait pas d'autres papiers que ceux des père et mère décédés, des lettres, par exemple, ou des écrits quelconques, émanés d'autres personnes, parents ou autres (Cass., 10 juin 1833, Sariac, D., 1833, I, 254), ou pourquoi on n'entendrait pas comme témoins les père et mère eux-mêmes, s'ils existent encore (comp. Coin-Delisle, art. 46, n° 14; Valette sur Proudhon, t. II, p. 70, note A). L'article 46 énonce les registres et papiers des père et mère décédés comme l'une des meilleures preuves à produire en pareil cas, mais non pas comme la seule preuve possible. Telles étaient aussi, sous l'ordonnance de 1667, l'opinion et la pratique générales (comp. Merlin, t. XVI, *supra*, Cass., 8 nov. 1820, Petit. Sirey, 1821, I, 402).

Je ne crois pas même, malgré les termes de notre article, que le décès des père et mère soit une condition nécessairement requise pour que les registres et papiers émanés d'eux puissent être produits.

D'abord, s'il s'agit d'une constitution dans laquelle le réclamant les a pour adversaires, leurs propres registres feront d'autant plus foi qu'ils leur seront opposés à eux-mêmes! Aussi, l'article 324, qui suppose une action en réclamation d'état, les admet-il alors, dans tous les cas, comme commencement de preuve par écrit.

Mais en outre, et dans le cas même de l'article 46, si on entend les père et mère comme témoins, ainsi qu'on le peut, à mon avis, je ne m'expliquerais pas pourquoi il ne serait pas permis de prendre connaissance de leurs registres et de leurs papiers, et de contrôler ainsi, l'une par l'autre, la preuve écrite et la preuve testimoniale.

Tout ce qui me paraît donc résulter de l'article 46, à cet égard, c'est qu'il ne suppose pas un procès, une action en réclamation d'état, et que dès lors il se défie de la complaisance, de la collusion frauduleuse peut-être, des parents qui existent encore. C'est, en résumé, un avertissement, une recommandation adressée aux juges, plutôt qu'une prohibition et une défense (*voy.* pourtant Desclozeaux, *Encyclop. du droit*, v° *Actes de l'état civil*, n° 103).

326. — Mais ici se présente l'une des difficultés les plus sérieuses de notre sujet.

Je viens de dire que l'article 46 permet aux magistrats, suivant qu'ils l'estiment convenable, soit d'admettre la preuve testimoniale toute seule et toute nue, soit d'exiger certains papiers, certaines preuves écrites quelconques.

Cette faculté leur appartient-elle dans tous les cas? En d'autres termes :

1° Peuvent-ils toujours admettre la preuve testimoniale toute seule?

2° Peuvent-ils même toujours admettre les preuves

écrites, indiquées par l'article 46, quels que soient le caractère et le but de la réclamation formée devant eux?

On convient généralement que, lorsqu'il s'agit de prouver un décès ou un mariage, la preuve testimoniale toute seule est admissible, et que la preuve, ainsi faite, remplacera complétement celle qui devait résulter des registres; c'est-à-dire que le décès sera prouvé, et non-seulement le décès, mais l'individualité de la personne décédée et l'ouverture légale de tous les droits qui en dépendent. De même, aussi, on reconnaît que le mariage sera prouvé avec tous ses effets civils, la légitimité des époux et des enfants (art. 194, 198; comp. Toullier, t. II, n° 284).

Mais lorsqu'il s'agit des autres actes, dont la preuve devait résulter de leur inscription sur les registres de l'état civil, et particulièrement lorsqu'il s'agit des actes de naissance en général, ou des actes de reconnaissance d'enfant naturel, la difficulté devient très-grave.

La plupart des auteurs enseignent :

1° Que la preuve testimoniale ne peut pas être admise sans un commencement de preuve par écrit pour prouver la naissance d'un enfant légitime, à moins pourtant que les magistrats ne trouvent, dans la circonstance que les registres n'ont pas existé ou ont été perdus, *le fait constant* exigé par l'article 323, pour donner passage à la preuve testimoniale, à défaut du commencement de preuve par écrit;

2° Que la preuve testimoniale ne peut, en aucun cas, être admise sans un commencement de preuve par écrit, pour établir la naissance d'un enfant naturel, qui prétendrait que sa mère l'avait reconnu par un acte inscrit sur les registres détruits (art. 341);

3° Enfin, qu'aucune espèce de preuve, ni testimoniale ni écrite, n'est admissible pour prouver un acte de reconnaissance de paternité naturelle, qu'on pré-

tendrait aussi avoir été porté sur les registres perdus. (Art. 340.)

Voici les arguments sur lesquels cette théorie est fondée :

1° D'après l'article 323, la preuve de la filiation légitime ne peut se faire par témoins que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour en déterminer l'admission. — D'après l'article 341, l'enfant qui réclame sa mère naturelle, n'est reçu à la preuve par témoins que lorsqu'il a déjà un commencement de preuve par écrit. — Enfin, d'après l'article 340, la recherche de la paternité naturelle est absolument interdite.

Or, l'article 46 fait-il exception à ces trois articles 323, 341 et 340? Permet-il d'admettre uniquement la preuve testimoniale là où ils exigent un commencement de preuve par écrit? Permet-il d'admettre une preuve quelconque là où ils repoussent formellement toute espèce de preuve? non; car l'article 46 autorise seulement la preuve.... de quoi ? de la naissance, mais non pas de la filiation légitime ou naturelle; il autorise la preuve du fait absolu qu'un tel est né tel jour, à telle heure, etc., mais non pas du fait relatif qu'il est né d'un tel ou d'une telle, mariés ou non mariés.

La réclamation, dès qu'elle a ce caractère et cet objet, sort de l'article 146 pour entrer dans les articles 323, 341 et 340, et se trouve, par conséquent, soumise aux conditions qu'ils exigent, ou même complétement interdite dans le cas de l'article 340.

Aussi, est-il remarquable que l'article 323 ne renvoie pas à l'article 46, ainsi que le fait, au contraire, l'article 194.

2° Ces articles 323, 341 et 340 sont fondés sur les considérations les plus puissantes, sur l'intérêt le plus précieux des familles et de la société; et il est essentiel

qu'ils ne puissent pas être éludés. Voilà pourquoi l'article 327 suspend l'action criminelle contre un délit de suppression d'état jusqu'après le jugement définitif sur la question d'état; c'est afin qu'on ne puisse pas en changeant la juridiction, arriver *de plano* à la preuve testimoniale toute seule. Et il faut bien que la loi mette un grand prix à empêcher ce détour, puisqu'elle s'expose, pour cela, à laisser un crime impuni (Merlin, *Quest. de droit*, vº *Quest. d'état*, § 3); or, l'application de l'article 46 à ces sortes de réclamations favoriserait aussi ces détours et ces fraudes, puisqu'il serait alors possible d'être admis à la preuve testimoniale toute seule, pour établir une filiation légitime, ou une reconnaissance d'enfant par une femme et même par un homme non mariés! Ne serait-ce pas en d'autres termes, admettre la recherche de la paternité elle-même, avec tous ses dangers pour les individus et tous ses scandales dans la société! (Comp. Delvincourt, t. I, p. 32, nº 6; Toullier, t. I, nº 247, et t. II, nº 885; Proudhon, t. II, p. 97 et suiv.; Duranton, t. I, nº 295; Zachariæ, t. I, p. 147; Coin-Delisle, art. 46, nºs 8 et 20; Richelot, t. I, nº 213; Marcadé, art. 46, nº 4; Demante, t. I, nº 91 *bis*, V.)

L'opinion contraire me paraît pourtant plus conforme soit à l'article 46, au but essentiel et équitable, qu'il se propose, soit aux principes généraux du droit et à l'intérêt de la société :

Quel est le but de l'article 46? c'est de permettre aux parties de remplacer, par une preuve spéciale et exceptionnelle, la preuve générale et ordinaire que des accidents fortuits les mettent dans l'impossibilité de représenter; c'est de faire qu'elles ne soient pas victimes de ces accidents et de cette impossibilité; c'est enfin, par ce remède, de les replacer au même état que si les registres eux-mêmes existaient. En conséquence, cette preuve spéciale doit produire le même effet que la preuve résultant des actes inscrits sur les registres; aussi, l'article 46

déclare-t-il que les naissances, mariages et décès *pourront être prouvés*,... etc.;

Or, l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil prouve la filiation des enfants légitimes (art. 319); il prouve la filiation naturelle à l'égard de la mère, et aussi à l'égard du père, lorsqu'ils ont eux-mêmes reconnu l'enfant (art. 62, 324);

Donc, on peut, dans l'hypothèse de l'article 46 et par le moyen spécial qu'il autorise, établir la preuve d'une filiation légitime, ou d'une reconnaissance d'enfant naturel par sa mère ou même par son père.

Aussi, admet-on unanimement la vérité de cette argumentation, en ce qui concerne le mariage, ainsi que je l'ai déjà remarqué. On convient que, dans le cas prévu par l'article 46, le mariage peut être prouvé sur la poursuite des particuliers devant les tribunaux civils, sans qu'il soit nécessaire alors de se conformer aux articles 198-200, d'après lesquels la poursuite devrait avoir lieu d'abord devant les tribunaux criminels, ou ne pourrait être formée, même devant les tribunaux civils, que par le procureur impérial, en présence des parties intéressées ; or, on n'exige pas ces conditions-là dans l'hypothèse de l'article 46 ; donc, on avoue que cet article est spécial.

Mais on objecte que l'article 46 ne s'applique qu'au fait même de la naissance.

Nous avons nous-mêmes, dès le début (*supra*, n° 272), constaté qu'il ne fallait pas, en effet, toujours confondre la naissance avec la filiation; mais il importe aussi beaucoup de ne pas abuser de cette proposition; et ici, en particulier, il est essentiel de bien comprendre la portée de ce mot *naissance*, employé par l'article 46 ; et l'argument, que nous venons de faire, nous semble démontrer qu'il signifie : la naissance, telle qu'elle aurait pu être prouvée suivant les cas, par l'acte même de l'état civil, s'il pouvait être représenté, c'est-à-dire avec la preuve de

la filiation légitime, dans le cas de l'article 319, et avec ou sans la preuve de la filiation naturelle, suivant que le père ou la mère avaient ou n'avaient pas eux-mêmes reconnu l'enfant.

Quant à l'objection tirée de ce qu'on arriverait ainsi indirectement à faire une preuve, qu'on ne pourrait pas produire directement, et à violer soit les articles 323 et 327, soit les articles 340 et 341, je réponds qu'on ne se trouve pas alors dans les hypothèses prévues par ces articles.

Il y a ici un fait important, qui domine toute la situation, c'est l'absence de registres par suite d'un accident fortuit. Remarquez bien : 1° que ce fait peut déjà accréditer la réclamation ; 2° qu'il serait alors très-injuste de rendre les parties victimes de ces accidents de force majeure, et de les laisser privées de leur état, sans aucun moyen de suppléer à la preuve qu'elles ont perdue sans leur faute; 3° enfin que l'action, dans notre hypothèse, n'est pas formée devant les tribunaux criminels, où la preuve testimoniale est toujours admise, mais bien devant les tribunaux civils, où l'article 46 laisse aux juges un pouvoir souverain d'appréciation pour admettre la preuve testimoniale toute seule ou pour exiger des commencements de preuve par écrit; après quoi, il leur appartient encore, bien entendu, d'apprécier les résultats de la preuve qu'ils ont admise. De telles garanties ne sont-elles pas suffisamment rassurantes?

Et ici je remarquerai encore que le système que je combats, introduit, entre les diverses espèces de preuve admises par l'article 46, une différence arbitraire, une distinction inadmissible : il reconnaît, en effet, que, s'il y a un commencement de preuve par écrit, on pourra prouver la filiation légitime (art. 323) et la filiation naturelle, au moins à l'égard de la mère (art. 341); mais il n'accorde pas que la preuve testimoniale puisse seule être admise à cet effet. Eh bien! je dis que cette distinction

viole l'article 46, lequel laisse précisément aux juges la faculté soit d'exiger un commencement de preuve par écrit, soit d'admettre la preuve testimoniale toute seule, et qui attribue, dans tous les cas, les mêmes effets à la preuve, quelle qu'elle soit, qu'ils ont admise! Et le motif, je l'ai déjà indiqué! C'est que l'absence même des registres, par suite d'une force majeure, peut être alors regardée par les juges, suivant les circonstances dont ils sont les appréciateurs souverains, suivant le caractère plus ou moins prononcé de vérité et de bonne foi que la cause présente, peut être, dis-je, regardée par eux comme équivalant à un commencement de preuve par écrit.

L'hypothèse des articles 323, 340 et 341 est toute différente!

L'article 323 suppose un individu sans possession d'état et sans acte de naissance, ou inscrit sous de faux noms ou comme né de père et mère inconnus. On conçoit alors avec quelle défiance il faut écouter cette réclamation, que rien ne recommande et qu'aucun événement n'explique! Aussi, m'a-t-il semblé que les arrêts, qui, par application des articles 323 et 327, ont prohibé la preuve par témoins en matière de réclamation d'état, ne s'appliquaient qu'à l'hypothèse de l'article 323, et non point à celle de l'article 46 (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Question d'état*, § 3; D., *Rec. alph.*, v° *Filiation*, ch. II, sect. IV, art. 2).

De même, lorsqu'en présence de registres très-bien tenus un individu prétend avoir été reconnu comme enfant naturel par telle femme ou par tel homme, qu'il désigne, rien n'accrédite cette prétention! Eh! pourquoi donc alors n'avez-vous pas un acte inscrit sur les registres de l'état civil? C'est donc là purement et simplement une recherche soit de maternité, pour laquelle il faut un commencement de preuve par écrit, soit de paternité, qui est tout à fait interdite. La vérité est que la réclamation con-

siste alors à soutenir qu'il y a eu omission de cet acte sur les registres de l'état civil.

Eh bien! précisément, je crois que le système que je combats, vient surtout de ce que l'article 46 a été appliqué au cas de simple omission d'un acte sur les registres! (*supra* n° 324.) Il est évident que les auteurs qui étendaient à ce cas l'article 46, ne pouvaient pas admettre qu'il suffirait d'alléguer l'omission d'un acte de naissance d'enfant légitime, ou de la reconnaissance d'un enfant naturel par un homme ou par une femme, pour échapper à l'application des articles 323, 340 et 341 ; cela était certainement impossible ; et ils ne l'ont pas admis en effet (Merlin, *Quest. de droit*, v°, *Décès*, § 1 ; Coin-Delisle, art. 46, n° 8).

Mais aussi, qu'est-il arrivé? c'est qu'on s'est trouvé conduit à destituer la preuve autorisée par l'article 46, dans les seuls cas où elle est vraiment admissible, de l'effet légitime qui alors lui appartient! Si, dans le cas d'omission alléguée d'un acte sur les registres, la preuve testimoniale toute seule n'est pas admissible, ce n'est point parce que l'article 46 n'autorise pas cette preuve pour établir, suivant les cas, la filiation soit légitime, soit naturelle ; c'est par un bien autre motif vraiment! c'est parce qu'alors l'article 46 tout entier est inapplicable! c'est parce que les registres existent et ne sont pas perdus, et que dès lors on ne peut pas invoquer la preuve exceptionnelle, qu'il autorise.

J'ai donc raison de dire qu'après avoir étendu, d'un côté, l'article 46 au cas d'omission qu'il ne comprend pas, on a été, par cela même, forcé d'en restreindre, d'un autre côté, les effets et la force probante dans les cas mêmes pour lesquels il a été fait!

En résumé, l'article 46 me paraît faire aux actes de l'état civil l'application d'un principe général consacré par l'article 1348, principe de raison, d'équité, de nécessité. Il ne faut pas croire, en effet, que la preuve testimoniale soit réprouvée par la loi d'une manière absolue. S'il en était ainsi,

comment donc serait-elle toujours admise en matière criminelle, et même en matière civile, dans tous les cas où le créancier a perdu son titre, le titre quelquefois le plus important et le plus précieux, un acte de vente, une donation entre-vifs! La loi préfère donc seulement, et de beaucoup, j'en conviens, à la preuve par témoins, la preuve écrite, qui a moins d'incertitudes et de dangers; mais c'est une préférence, non point une exclusion absolue. Cette démonstration résulte de l'article 46 lui-même.

La Cour de Cassation paraît avoir consacré les principes, que j'essaye d'établir, en jugeant, du moins implicitement, qu'on peut être admis à la preuve par témoins qu'une reconnaissance d'enfant naturel, faite par le père, existait sur des registres de l'état civil perdus ou détruits. (Comp. Cass., 13 mars 1827, Florentin, D., 1827, I, 168; Cass., 16 fév. 1837, Coste, D., 1837, I, 253; Riom, 2 janv. 1874, Louche, Dev., 1875, II, 204; Valette sur Proudhon, t. II, p. 102, note *a*; Bertauld, *Quest. et except. préjudicielles*, n° 23; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 460.)

327. — Des motifs qui précèdent, je conclus encore que l'article 46 est applicable à tous les actes qui auraient pu être inscrits sur les registres de l'état civil : ainsi autrefois, au divorce (art. 264, 266, 294), et aujourd'hui encore à l'adoption (art. 359; Cass., 4 février 1822, Macdermott, Sirey, 1822, I, 262).

328. — Je pense également que l'article 46 serait applicable aux actes de l'état civil passés en pays étranger.

Le principe qu'il consacre, est juste et vrai dans tous les cas, et plus nécessaire encore peut-être à l'égard des actes reçus en pays étranger, dont la preuve est, par cela même, plus difficile en France (comp. Cass., 12 août 1828, Estanave, Sirey, 1829, I, 42; Cass., 27 déc. 1837, Colombel, Dev. 1828, I, 545; Toulouse, Tribunal civil, 25 août 1873, D...., Dev. 1874, II, 57; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 197).

329. — En général, l'hypothèse de l'inexistence ou de la perte des registres est soumise aux mêmes règles que celle de la rectification des actes existants, en ce qui concerne la qualité des personnes qui peuvent agir, la compétence des tribunaux, et les effets des jugements (*infra*, nos 331 et suiv.).

L'administration publique peut sans doute ordonner, en pareil cas, des mesures générales dans l'intérêt de la société et même aussi des familles. C'est ainsi que la loi du 2 floréal an III détermina un mode de suppléer aux registres de l'état civil détruits pendant la Révolution ; et que, plus récemment, une ordonnance royale du 9 janvier 1815 a pourvu à la recomposition des registres détruits, par un incendie, de la ville et de l'arrondissement de Soissons.

Mais cette recomposition, par voie administrative, laisse tout à fait intacts les droits et les prétentions quelconques des tiers, prétentions sur lesquelles les tribunaux peuvent seuls prononcer.

C'est ce qu'explique très-bien le préambule lui-même de l'ordonnance du 3 janvier 1815 (*voy.* aussi l'avis du conseil d'État du 13 nivôse an X).

SECTION II.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SOMMAIRE.

330. — La loi n'a pas prononcé la nullité des actes de l'état civil, qui ne seraient pas conformes à ses prescriptions.

Elle établit bien des amendes, des peines contre l'officier public (art. 50, 156), contre les parties elles-mêmes quelquefois (art. 192) et contre d'autres personnes encore (art 346 Cod. pén.).

Mais la nullité de l'acte lui-même, elle ne la prononce par aucun texte; et il est facile de comprendre les puissantes raisons qui la déterminent. Il importait, dans une telle matière, qui intéresse de si près les individus, les familles, la société même, de ne rien statuer de trop absolu, et de ne pas rendre les parties nécessairement victimes de la négligence, de l'incapacité ou de la fraude de l'officier de l'état civil, ou des autres personnes qui concourent aux différents actes.

Aussi, est-ce surtout d'après les circonstances, eu égard aux faits, à la nature et à la gravité des imperfections de l'acte, que cette question devra être décidée (comp. Paris, 4 juil. 1811, Wanwiemersch, Sirey, 1812, II, 274).

Il est toutefois deux circonstances, dans lesquelles la nullité même de l'acte pourrait être reconnue, à savoir :

1° Si l'acte manquait, en effet, des conditions substantielles et constitutives des actes de l'état civil; par exemple, s'il avait été reçu par un individu sans caractère public ;

2° S'il s'agissait d'un acte de célébration de mariage, et que toutes les conditions requises, sous peine de nullité, pour la validité du mariage lui-même, n'eussent pas été remplies. L'acte de mariage, en effet, n'est pas seulement le procès-verbal d'un fait, comme sont, à beaucoup

d'égards, les actes de naissance et de décès ; il se confond le plus souvent avec le mariage lui-même, dont il est l'un des éléments. (Art. 193 ; *voy.* toutefois art. 196 ; Cass., 21 juin 1814, Saboués, Sirey, 1814, I, 291 ; Zachariæ, t. I, p. 143 ; Cass., 28 nov. 1876, Routa, Dev., 1877, I, 172.)

331. — Au reste, quelles que soient les omissions et les irrégularités d'un acte de l'état civil, dès qu'il est une fois rédigé, il appartient à tous ceux auxquels il a pu conférer des droits ; il appartient aux parties, aux tiers, à la société ; et il n'est plus permis, dès lors, d'y retoucher :

« Ce qui est écrit est écrit ! » disait M. Siméon au Tribunat, dans la séance du 17 nivôse an II.

Ce n'est pas à dire, sans doute, que les irrégularités et les omissions qui auraient été commises dans l'acte, les falsifications ou altérations quelconques qui y auraient été pratiquées après coup, ne puissent pas être réparées ! mais la loi a posé, à cet effet, des règles spéciales, dont l'observation est nécessaire pour obtenir la rectification des actes de l'état civil.

Dans quels cas cette rectification peut-elle être demandée ? — par qui ? devant quel tribunal et suivant quelles formes ? — quels sont enfin ses effets ?

Nous allons voir que les règles, à cet égard, ne sont pas toujours les mêmes, parce qu'en effet, la rectification n'est pas toujours demandée dans les mêmes circonstances, et n'a pas toujours, principalement du moins, le le même caractère ni le même objet.

332. — 1° La rectification peut être, en général, demandée contre tout acte qui n'exprime pas ou qui exprime mal ce qu'il doit contenir, ou qui exprime ce qu'il ne doit pas contenir.

Ainsi, on peut demander la rectification d'une erreur dans l'indication de la demeure, de l'âge, du degré de parenté des parties ou des autres personnes, qui y sont dénommées, ou encore d'une omission, d'une transposi-

tion, même d'une faute d'orthographe dans leurs noms ou prénoms (comp. Caen, 13 févr. 1846, de Vilade; et Douai, 19 août 1852, du Chambye, Dev., 1853, II, 102-106; Nîmes, 11 juin 1860, de Giry; Metz, 31 juillet 1860, de Marguerie (arrêt cassé *infra*); Douai, 18 août 1860, de Plane; Bordeaux, 28 août 1860, de Lescure, Dev., 1860, II, 599-610, Dev., 1860, II, 369-376; Cass., 29 juin 1863, Leudieres, Dev., 1863, I, 433, Cass., 1er juin 1863, de Marguerie, Dev., 1863, I, 447; et 1863, I, 30; Nancy, 7 mai 1864, de Marguerie, Dev., 1864, II, 103).

Toutefois, nous avons vu (*supra*, n° 324, *in fine*) qu'afin de faciliter les mariages, surtout dans les classes pauvres, on est alors dispensé d'obtenir un jugement; la rectification se fait dans l'acte de mariage, sur la simple attestation des père et mère et autres ascendants (avis du conseil d'État du 3 mars 1808).

La rectification peut être aussi demandée par celui qui prétend qu'un acte attribue à une personne un nom patronymique, qu'elle n'a pas le droit de porter; car, les noms de famille forment une propriété dont nul ne peut s'emparer au préjudice de ceux auxquels ils appartiennent (Cass., 16 mars 1841, Constant, Dev., 1841, I, 522; *voy.* aussi la loi du 11 germinal an II sur les conditions et les formalités à remplir pour être autorisé à changer de nom).

Dans les exemples qui précèdent, je suppose que la demande en rectification est dirigée principalement contre l'acte lui-même et ne soulève d'ailleurs aucune question sur l'état des personnes.

Mais il en est autrement, lorsque, par exemple, un individu réclame un état, contrairement à son acte de naissance qui le désigne comme né de père et de mère inconnus (art. 323), ou lorsqu'un mari désavoue l'enfant inscrit sous son nom comme né de sa femme (art. 312, 314). Dans ces cas et autres semblables, la rectification de l'acte de l'état civil n'est pas l'objet principal de la

demande; elle n'en est que l'accessoire et la conséquence.

Quant au cas d'omission sur les registres d'un acte de l'état civil qu'on demande à y faire rétablir, je me suis déjà expliqué (*supra*, n° 324). Il faut, en général, suivre la même forme de procéder que pour le cas de rectification ; mais la preuve exceptionnelle, autorisée par l'article 46, ne serait pas alors admissible.

Et en ce qui concerne l'hypothèse où l'officier de l'état civil refuserait de rédiger l'acte, sur la réquisition qui lui en serait faite, il y aurait lieu, de la part des parties intéressées, de procéder contre lui par voie de demande ordinaire (comp. Pau, 16 mai 1853, d'Etchoudy, Dev., 1853, II, 492 ; et *supra*, n° 292).

333. — 2° Nous avons déjà dit que la rectification ne peut pas être faite d'office par qui que ce soit (*supra*, n° 287), mais seulement lorsqu'elle est demandée par les parties intéressées (art. 99).

Ces parties sont :

1° Ceux qui, sous un rapport quelconque, peuvent légalement se plaindre soit des omissions ou irrégularités, soit des énonciations de l'acte, et qui démontrent, bien entendu, que cet acte, en effet, les concerne (comp. Bourges, 1er juin 1831, Guillot, D., 1831, II, 230; Lyon, 24 mai 1865, Agniel de Chenelotte, Dev., 1866, II, 343).

Un intérêt pécuniaire n'est pas, dans ce cas, indispensable ; il suffit d'un intérêt de réputation et d'honneur, comme si, par exemple, un individu est déclaré père naturel et *a fortiori* père adultérin ou incestueux d'un enfant (comp. Besançon, 3 juin 1808, Clerc, D., *Rec. alph.*, t. I, p. 202 ; Paris, 19 avril 1837, Ivon, D., 1834, II, 112 ; Lyon, 11 mars 1842, Céaly, Dev., 1842, II, 165) ;

2° Le ministère public, mais seulement dans deux cas, savoir : dans l'intérêt de l'ordre public (art. 144, 147,

161, 163, 190)[1], et dans l'intérêt des indigents, qui est aussi celui de l'ordre public (avis du conseil d'État du 12 brumaire an XI; art. 46 de la loi du 20 avril 1810; art. 122 du décret du 18 juin 1811; art. 75 de la loi du 25 mars 1817; loi du 10 décembre 1850, art. 3; loi du 28 mai 1858; Toulouse 1er août 1836, Minist. publ.. Dev., 1837, II, 185; Poitiers, 9 mai 1843, et 26 mai 1846, le Proc. impér., Dev., 1846, II, 462, 463; Cass., 21 nov. Proc. génér. de Dijon; 19 déc. 1860, Proc. génér. de Bordeaux, Dev., 1861, I, 33, 47; Paris, 22 févr. 1861, Cartault, Dev., 1861, II, 201; Cass., 22 janv. 1862, Dartaud, Dev., 1862, I, 257; et le remarquable rapport de M. le conseiller Laborie; Besançon, 6 févr. 1866, Hugon, Dev., 1866, II, 75; Cass., 25 mars 1867, Hugon, Dev., 1867, I, 251; Lafontaine, *Revue crit. de Législ.*, 1862, t. XX, p. 385 et suiv.).

334. — 3° La question de savoir devant quel tribunal suivant quelles formes et par quels moyens la rectification peut être demandée, cette question dépend du point de savoir dans quelles circonstances l'action est formée, et quel est son objet direct et principal.

Si la demande n'a pour objet que la rectification d'irrégularités matérielles, sans qu'il y ait de contradicteur, le mode à suivre est réglé par les article 855 et suivants du Code de procédure : elle est formée par requête au président du tribunal de première instance, au greffe duquel le double des registres est ou sera déposé; c'est là, en

1. On cite quelquefois comme un intérêt d'ordre public, pour lequel le procureur impérial peut agir d'office, celui du recrutement de l'armée. Mais il n'est pas nécessaire d'agir, à cet effet, en rectification des actes de l'état civil; car, d'après l'article 7 de la loi du 21 mars 1832, la notoriété publique suffit pour faire considérer comme ayant vingt et un ans les jeunes gens qui ne produisent pas leur acte de naissance.

On peut citer encore aujourd'hui comme un intérêt d'ordre public, à raison duquel le procureur impérial peut agir d'office, celui qui concerne l'exécution de la loi du 10 juillet 1850, sur la publicité des contrats de mariage.

effet, que la rectification sera plus facile à obtenir et à opérer, parce que les registres se trouvent soit au greffe même, soit du moins dans l'arrondissement, et que d'ailleurs les parents et tous ceux qu'il serait utile d'entendre, y seront aussi le plus souvent domiciliés; parce qu'enfin on ne voit pas devant quel autre tribunal on irait de préférence, lorsqu'il n'y a pas de défendeur (art. 59 Code de procéd.; comp. Orléans, 17 mars 1860, Minist. publ., Dev., 1860, II, 301; Metz, 25 août 1863, Desgodins, Dev., 1863, II, 190).

Au reste, et malgré cette dernière observation, je crois que ce tribunal serait encore compétent, lors même que le demandeur en rectification aurait assigné d'abord les parties intéressées; la compétence est, en effet, dans ce cas, spéciale.

Il n'en serait pas néanmoins de même, si les parties étaient déjà en instance devant un autre tribunal, par exemple dans un procès en réclamation d'état ou de pétition d'hérédité; il serait alors raisonnable et conforme aux principes généraux que la demande en rectification fût incidemment formée, par requête d'avoué à avoué, devant le tribunal saisi de la cause principale (art. 856 Code de procéd.; argum. de l'article 2159 Code Nap.; Cass., 19 juillet 1809, Davost, Sirey, 1810, I, 110; Rief, n° 315; Coin-Delisle, art. 99, n° 15).

S'il s'agissait d'une demande à fin d'inscription sur les registres de l'état civil d'un acte de naissance, qui n'y aurait pas été inscrit, et que cette demande fût formée par une personne dont le lieu de naissance serait inconnu, il faudrait bien alors que le tribunal du domicile, ou même seulement de la résidence du réclamant, fût compétent; tel est, en effet, le droit commun; et quel autre tribunal d'ailleurs serait compétent, si celui-là ne l'était pas? (Comp. Cass., 14 juin 1858, Lepage, Dev., 1858, I, 659; Rouen, 8 déc. 1858, mêmes parties, Dev., 1859, II, 235.)

Le tribunal d'ailleurs peut, s'il l'estime convenable, ordonner que les parties intéressées seront appelées, et que le conseil de famille sera préalablement convoqué (art. 856, Code de procéd., 99, Code Nap.). La généralité du texte et le but même de cette mesure semblent bien annoncer, malgré l'avis contraire de M. Richelot (t. I, n° 281), que la convocation du conseil de famille peut avoir lieu, dans ce cas, même pour un majeur (comp. Coin-Delisle, art. 99, n° 2).

Au contraire, la voie de simple requête ne saurait être employée, soit lorsque la rectification dépend, avant tout, du résultat d'une procédure criminelle sur une suppression d état (art. 198), soit lorsque l'action, même portée devant le tribunal civil, a principalement pour objet une question d'état, et que la rectification de l'acte n'est ainsi demandée qu'accessoirement et par voie de conséquence. On doit, dans ce dernier cas, observer les règles ordinaires de compétence et de procédure en matière personnelle (art. 59, Code de procéd.), et aussi, quant au fond et au mode de preuve, les conditions alors spécialement exigées par la loi (art. 312, 318, 323, 341).

Aussi, les tribunaux doivent-ils veiller à ce qu'on n'échappe point à ces conditions, en prenant la voie de simple requête, dans le cas où il y aurait lieu d'agir par voie de demande principale (comp. Bordeaux, 11 juin 1828, Bernard, D., 1829, II, 41; Cass, 14 mars 1834, Despine, D. 1834, I, 245; Duranton, t. I, n°s 340, 341; Coin-Delisle, art. 99, n° 18).

Une doctrine contraire est toutefois enseignée par MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. I, p. 188); mais nous craignons que cette doctrine ne tende à confondre les simples rectifications des actes de l'état civil avec les actions en réclamations d'état.

Dans tous les cas, au reste, 1° le ministère public doit être entendu en ses conclusions (art. 99, Code Nap., 856, 858, Code de procéd.); car bien qu'il ne puisse pas agir

comme partie principale, hors les cas que nous venons d'indiquer, il n'en est pas moins chargé de veiller toujours, au nom de la société, sur le dépôt des actes de l'état civil; 2° le jugement est, ainsi que nous l'avons déjà dit, susceptible d'appel (art. 54, Code Nap., 358, Code de procéd.).

334 *bis*. — Le Tribunal civil de Toulouse a décidé que les Tribunaux français sont compétents pour rectifier l'acte de mariage d'un Français reçu en pays étranger, et transcrit sur les registres en France, conformément à l'article 171 du Code civil. (25 août 1873, D...., Dev., 1874, II, 57.)

Décision qui nous paraît très-juridique, ainsi que l'a fort bien démontré notre honorable collègue, M. Bressolles, dans une consultation, que le Recueil de Devilleneuve a reproduite. (*Loc. supra cit.*)

335. — 4° Aucun changement d'ailleurs ne peut être fait sur l'acte même; les jugements de rectification sont inscrits sur les registres de l'état civil, avec mention en marge de l'acte réformé; et cet acte ne peut plus être délivré qu'avec les rectifications ordonnées, sous peine de dommages intérêts (art. 49, 101, Code Nap., 857, Code de procéd.; joign. avis du conseil d'État du 4 mars 1808 sur le mode de transcription des jugements, portant rectification d'actes de l'état civil, et de délivrance des actes rectifiés).

336. — L'article 100 applique aux jugements portant rectification des actes de l'état civil, le principe général d'après lequel la chose jugée n'a d'effet qu'entre ceux qui ont été parties ou représentés (joign. art. 1351, Code Nap., 474, Code de procéd.).

La tierce opposition ne serait même pas nécessaire à ceux qui n'auraient pas requis le jugement ou qui n'y auraient pas été appelés, à moins pourtant qu'ils ne voulussent empêcher que l'acte ne fût, à l'avenir, délivré avec la mention des rectifications ordonnées par le jugement.

Des questions fort difficiles peuvent s'élever, à cet égard, lorsque le jugement a prononcé sur une question d'état; et les opinions sont très-partagées sur le point de savoir à quelles personnes un tel jugement peut, suivant les différents cas, être opposé. Je pense que ces questions seront examinées, plus à propos et plus utilement, au titre de la paternité et de la filiation (liv. I, tit. VII), lorsque nous aurons exposé ce qui concerne les questions d'état, et que nous saurons par qui elles peuvent être intentées. (*Voy.* notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 307 et suiv.)

337. — Une circulaire ministérielle du 18 août 1836 (insérée dans Dalloz, 1838, III, 178) trace les conditions à remplir pour faire rectifier, quand il y a lieu, les *actes de l'état civil des Français*, reçus en pays étranger par les agents diplomatiques ou par les consuls.

TITRE TROISIÈME.

DU DOMICILE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

SOMMAIRE.

338. — Considérations générales sur le domicile. — Définition.
339. — Ce sujet présentait autrefois plus d'importance qu'aujourd'hui. — Quelle en est l'utilité actuelle?
340. — Le domicile civil peut être distinct du domicile politique.
341. — L'étranger peut-il avoir un domicile en France? — *Quid*, du mort civilement? questions déjà résolues. — Renvoi.
342. — Distinction entre le domicile réel et le domicile d'élection, ou, en d'autres termes, entre le domicile général et le domicile spécial.

338. — On avait d'abord hésité à placer ce titre dans le Code Napoléon, parce que le sujet qui va nous occuper, ne soulève le plus souveut, aujourd'hui, que des questions de procédure. Mais on a reconnu que la loi sur le domicile, dans son principe et dans son but général, était néanmoins, à beaucoup d'égards, une loi d'organisation, et devait dès lors trouver place dans ce livre premier, consacré surtout au classement juridique des personnes.

C'est en vain qu'on aurait partagé le pays en départements, arrondissements, cantons et communes; l'administration publique n'en serait pas moins impossible, si ces différentes circonscriptions territoriales ne se composaient pas d'une certaine agrégation de personnes appelées, si je puis dire ainsi, à être plus spécialement gouvernées dans le ressort de chacune d'elles, à y exercer certains droits (art. 10 de la loi du 19 avril 1831; art. 105,

Code forest.), à y supporter certaines charges (art. 6 de la loi du 21 avril 1831; art. 13 de la loi du 21 avril 1832; art. 382, Code d'inst. crim.), à reconnaître la compétence et la juridiction des diverses autorités administratives et judiciaires, qui y sont instituées.

Or, cette agrégation des personnes se forme et se manifeste par le domicile, par l'établissement de chacun dans un endroit certain, où il est, en quelque sorte, réputé avoir jeté l'ancre.

D'un autre côté, des rapports fréquents et nombreux existent entre les particuliers; ils ont des notifications à se faire, des assignations à se commettre, etc. : exiger que ces assignations fussent toujours remises à la personne elle-même, c'était presque demander l'impossible; c'était surtout favoriser la mauvaise foi des débiteurs, en leur offrant le moyen d'échapper aux poursuites de leurs créanciers.

Il fallait donc déterminer un lieu qui serait comme le siége légal de la personne, où elle serait présumée ne rien ignorer de ce qui y serait adressé pour elle, un lieu qui la représentât, en quelque sorte, à l'égard des tiers. Or, ce lieu, c'est le domicile: et c'est ainsi qu'on dit effectivement que l'exploit sera fait *à personne ou domicile* (art. 68 Code de procéd.).

C'est, au reste, de lui-même, par ses instincts les plus naturels et les meilleurs, par les influences diverses et si puissantes de la famille et des affections, de la propriété, du travail et de l'habitude, que chaque homme s'attache à un certain lieu avec lequel il contracte une sorte de lien, de relation morale, je dirais presque d'intimité; aussi, la loi n'a-t-elle eu véritablement qu'à constater un fait pour reconnaître le domicile.

On voit, par ce qui précède, que le mot domicile a deux acceptions :

1° Il désigne le siége légal, le siége juridique de la personne (Ortolan, *Inst. expl.* t. I, p. 39); c'est ainsi que

l'article 102 déclare que le domicile de tout Français *est au lieu* où il a son principal établissement;

2° Il désigne bien souvent aussi le lieu lui-même où le principal établissement se trouve.

339. — Les questions de domicile étaient autrefois très-nombreuses et très-importantes, lorsque plus de trois cents coutumes, se partageant le territoire français, différaient entre elles sur les sujets les plus graves, sur l'époque de la majorité, sur les régimes matrimoniaux, sur la faculté de disposer à titre gratuit, sur la dévolution des biens ab intestat, etc., lorsque dès lors la solution de ces questions capitales, relatives au fond même, à l'existence même du droit des parties, pouvait être si différente, suivant que la personne était domiciliée dans le ressort de telle ou telle coutume; et voilà bien ce qui avait fait, dans l'ancien droit, la grande importance de la théorie des statuts réels et personnels (*supra*, n° 68).

Aujourd'hui, grâce au bienfait d'une législation uniforme, le plus grand nombre de ces difficultés a disparu; et notre sujet, sous ce rapport, a considérablement perdu de son intérêt.

Néanmoins, il est encore essentiel, dans beaucoup de circonstances, de connaître exactement le domicile des personnes :

1° C'est au domicile de la personne que l'exploit doit être remis, quand il ne lui est pas donné à elle-même, parce que c'est là, en effet, qu'il est présumable qu'elle en aura connaissance (art. 4, 68, Code de procéd.; *voy.* toutefois *infra*, n° 348).

2° En matière personnelle, c'est-à-dire lorsqu'un individu réclame contre un autre l'exécution d'une obligation, c'est devant le juge de son domicile que le défendeur doit être assigné (art. 2, 59, Code de procéd.), parce qu'il est juste que le demandeur, c'est-à-dire l'agresseur, dont la prétention n'est pas encore justifiée, aille trouver

le défendeur devant son juge naturel, dont il est ordinairement connu, le juge d'ailleurs le plus rapproché de lui, et devant lequel la défense lui sera moins dispendieuse et plus facile.

3° Le lieu de l'ouverture de la succession est déterminé par le domicile du défunt (art. 110), parce que l'hérédité, avant tout partage, constitue une sorte d'être de raison et de personne morale, parce que les héritiers pouvant se trouver dispersés et domiciliés dans des arrondissements différents, il importait, pour le plus grand intérêt de tous, dans un but d'économie et de célérité, de centraliser, devant un seul tribunal, les poursuites relatives à la succession, parce que d'ailleurs c'est au domicile du défunt que se trouvent presque toujours les papiers, les titres actifs et passifs, tous les éléments enfin nécessaires pour vider les difficultés qui peuvent s'élever dans ces circonstances (art. 822; joign. 784, 793, Code Nap.; 59, 986, 997, Code de procéd.; *voy.* notre *Traité des successions*, t. III, n°s 629 et suiv.).

4° C'est sur le registre de l'état civil du lieu où la personne est domiciliée, que doivent être, en général, inscrits les actes qui concernent son état (art. 60, 93, 171, 359, 363).

C'est aussi devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties que le mariage doit être célébré (art. 165); mais il faut néanmoins remarquer que le domicile, quant au mariage, est soumis à des règles spéciales, que nous exposerons plus tard (art. 74; *voy.* notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. I, n° 196 et suiv.).

C'est devant le juge de paix du domicile du mineur que doit être convoqué le conseil de famille, qui nomme le tuteur et le subrogé tuteur (art. 406).

5° La détermination du domicile est importante dans beaucoup d'autres hypothèses encore (art. 115, 1057, 1247, 2018, etc.).

340. — D'ailleurs, de ce que l'article 102 déclare que le domicile de tout Français, *quant à l'exercice de ses droits civils,* est au lieu de son principal établissement, il ne faudrait pas, bien entendu, conclure que les droits civils ne peuvent être exercés que dans ce lieu ; il est évident qu'en règle générale, chacun peut exercer partout ses droits civils, qu'il peut en tous lieux, par exemple, s'obliger, aliéner à titre gratuit ou onéreux, etc. C'est par exception seulement que l'exercice de certaines facultés se trouve circonscrit dans un lieu déterminé (art. 165, 174, 359).

Ces mots de l'article 102 ont principalement pour but de réserver la question de domicile, quant à l'exercice des droits politiques, parce que ce sujet devait être, en effet, régi par des lois spéciales (comp., à cet égard, l'article 10 de la loi du 19 avril 1831 ; les articles 29 et 30 de la loi du 22 juin 1833, sur l'ancien domicile politique; et les articles 13 et 26 du décret organique du 2 février 1852; *voy.* aussi Valette, *Explic. somm. du liv.* I, p. 58).

341. — L'article 102 s'exprime ainsi : *Le domicile de tout Français.*

Nous avons examiné plus haut la question de savoir si l'étranger peut avoir un domicile en France (n° 268).

La même question a été résolue aussi (*supra,* n° 209) en ce qui concernait le mort civilement avant la loi du 31 mai 1854.

342. — Indépendamment de son domicile ordinaire, chacun peut choisir dans d'autres endroits un ou plusieurs domiciles accidentels pour certaines affaires déterminées.

On a coutume d'appeler le premier : *domicile réel* (art. 10 précité de la loi du 19 avril 1831), et le second : *domicile d'élection* (art. 111, Cod. Nap.).

Cette distinction est aussi exprimée plus exactement

encore par ces mots : *domicile général* et *domicile spécial* (Zachariæ, t. I, p. 278)[1].

Nous parlerons successivement de l'un et de l'autre.

CHAPITRE PREMIER.

DU DOMICILE RÉEL OU GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

343. — Division

343. — 1° Quels sont les caractères et les signes distinctifs du domicile?

2° Chacun peut-il placer et transporter son domicile où bon lui semble? et à quelles conditions ce déplacement est-il soumis?

Tels sont les deux points, qui doivent être ici l'objet de notre examen.

SECTION I.

QUELS SONT LES CARACTÈRES ET LES SIGNES DISTINCTS DU DOMICILE.

SOMMAIRE.

344. — Le domicile est au lieu du principal établissement de la personne. — Que signifient ces mots?
345. — Quid, si la même personne a plusieurs établissements dans des lieux différents?
346. — Suite.
347. — Peut-on avoir plusieurs domiciles?
348. — Peut-on n'en avoir aucun?
349. — Un Français peut-il transporter son domicile en pays étranger, de manière à n'avoir plus aucun domicile en France?

344. — La loi 7 au Code *de Incolis*, trace en ces termes les caractères généraux du domicile :

1. Il y a encore un domicile particulier qu'on appelle *domicile de secours*. C'est le lieu où l'homme nécessiteux a droit aux secours publics; il est réglé par le décret du 24 vendémiaire an II, titre V.

« In eodem loco singulos habere domicilium non « ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum « suarum summam constituit; unde non sit discessu- « rus, si nihil avocet; unde cum profectus est, pere- « grinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam de- « stitit. »

Telle est aussi la pensée de l'article 102, lorsqu'il déclare que le domicile de tout Français est au lieu de son principal établissement, c'est-à-dire au lieu dont il a fait le centre de ses affections, de ses affaires et de ses habitudes, le siége enfin de son existence sociale, *rerum ac fortunarum suarum summam*, au lieu où il s'est établi d'une manière permanente et durable, avec l'intention de s'y tenir, de s'y attacher, d'y revenir tôt ou tard, lorsqu'il s'en éloigne.

On comprend d'ailleurs que ce mot : établissement, doit ici recevoir une acception très-large, relativement à toutes les positions si diverses et si variées, dont la société se compose.

Le vieux garçon a son principal établissement dans sa petite chambre solitaire, comme le plus opulent père de famille dans son hôtel, comme le négociant dans sa maison de commerce.

En quel endroit chacun s'est-il surtout établi à poste fixe? Où se trouve, si je puis m'exprimer ainsi, son *chef-lieu*, eu égard à sa situation personnelle?

Telle est la question du domicile, question nécessairement toute relative.

Il ne faut pas, au reste, confondre le domicile avec la résidence; l'un est de droit, l'autre est de fait. La résidence peut être assurément l'un des indices du principal établissement, qui constitue le domicile; et nous verrons même que l'habitation réelle est une des conditions exigées, lorsqu'il s'agit de le déplacer.

Mais il n'en est pas moins certain que le domicile ne dépend pas de la résidence; car il est un effet de la loi,

une création juridique, une chose intellectuelle et abstraite; il consiste, ainsi que nous l'avons dit, dans la relation morale de la personne avec un certain lieu, où la loi a placé le siége juridique de cette personne, indépendamment du fait de la résidence. Et c'est même cela surtout qui constitue l'utilité de cette institution; car elle a précisément pour but de déterminer d'une manière régulière, fixe et constante, le domicile de la personne, abstraction faite de ses déplacements, de ses voyages, de ses résidences plus ou moins accidentelles et passagères dans d'autres lieux.

Nous verrons, en outre, que la loi assigne de plein droit un domicile à certaines personnes, indépendamment de toute condition, de tout fait de résidence (*infra*, nos 356, et suiv.).

345. — Mais une personne peut avoir à la fois plusieurs établissements; cette situation très-fréquente soulève assez souvent des embarras et des doutes.

Pierre passe une partie de l'année à la ville, et l'autre à la campagne; et il a de chaque côté une maison montée, un ménage complet; ou bien c'est un commerçant qui a deux maisons, l'une pour sa famille, l'autre pour ses affaires, ou même deux comptoirs séparés, l'un à Paris, l'autre à Bordeaux.

Où sera, dans ces cas et autres semblables, le domicile?

Au lieu du *principal établissement* (art. 102); c'est là tout ce que la loi pouvait répondre sur ces questions, qui tombent dans le domaine des faits, et ne sauraient être décidées que d'après les circonstances particulières de chaque espèce.

On s'accorde toutefois à signaler les faits suivants parmi ceux que le juge devra surtout prendre en considération :

1° La résidence, si elle est plus habituelle, plus continue dans un lieu que dans un autre, surtout si le lieu

dans lequel la personne réside le plus souvent, est celui où se trouve son domicile d'origine, ce premier domicile qu'on est en général, dans le doute, présumé vouloir conserver;

2° L'établissement du ménage, si le chef de famille laisse ordinairement sa femme et ses enfants dans un lieu lorsqu'il va dans l'autre (Cass., 23 juillet 1840, de Grammont, Dev., 1840, I, 960);

3° Les contrats, les actes quelconques émanés de la personne, et dans lesquels elle a elle-même déclaré être domiciliée dans tel endroit; comme aussi sa comparution, en matière personnelle, devant le tribunal de cet endroit, sans proposer le déclinatoire (art. 59, Code de procéd.);

4° L'exercice des droits électoraux, quand la personne n'a pas séparé son domicile politique de son domicile réel; car dans ce cas, ainsi que nous l'avons vu, c'est au domicile réel que s'exercent les droits politiques (*supra*, n° 340; comp. décret du 2 fév. 1852, art. 13);

5° Le payement de la contribution personnelle, qui n'étant due que dans la commune du domicile réel, devient ainsi un élément important pour la détermination de ce domicile (Cass., 21 mai 1842, octroi de Bordeaux, D., 1842, I, 380), quoiqu'elle n'en soit pas néanmoins une preuve irrécusable (Cass., 14 mars 1843, André, Dev., 1843, I, 420).

Quant à la contribution mobilière, elle offre moins d'intérêt, parce qu'elle est due aujourd'hui partout où l'on a du mobilier (art. 13 de la loi du 21 avril 1832);

6° Le service de la garde nationale, auquel les Français sont appelés dans le lieu de leur domicile réel, quoique pourtant cette circonstance ne soit pas nécessairement décisive, pas plus que toutes les autres circonstances considérées isolément en pareille question (comp. loi du 22 mars 1831, art. 9; loi du 13 juin 1851, art. 13; décret du 11 janvier 1852, art. 23; Cass., 23 juil-

let 1840, de Grammont, Dev., 1840, I, 960; ord. du cons. d'État, 22 avril 1842, de Lapanouze, D., 1842, III, 282);

7° L'acquisition de propriétés dans un lieu, la vente au contraire, des biens possédés ailleurs. Ce n'est pas, bien entendu, qu'il faille être propriétaire dans un endroit pour y avoir son domicile. Il est évident que le simple locataire a son domicile dans l'endroit où il demeure, s'il y a d'ailleurs placé son principal établissement.... « Domum accipimus, sive in propria domo quis « habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio « receptus sit.... » (Inst., *De Injuriis*, § 8.)

Tels sont les faits généraux, les circonstances principales, qui serviront le plus souvent à déterminer le lieu du domicile.

Il n'est pas nécessaire qu'ils se trouvent réunis ; et ils ne sont pas non plus les seuls qui puissent éclairer le juge.

C'est ainsi que Pothier dit encore qu'il faut rechercher quel est le lieu « où la personne se rend avec sa famille pour faire ses pâques. » (*Introd. gén. aux cout.*, n° 10.)

C'est donc aux magistrats qu'il appartient d'apprécier l'importance, l'ancienneté, l'isolement ou le concours, et la force plus ou moins probante de tous ces éléments constitutifs du domicile de chacun, eu égard à sa position particulière et à ses habitudes personnelles (L. 27, § 1, ff. *ad Municipalem;* Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire*, § 1; comp. Cass. 28 mai 1872, Sigaudy, Dev. 1873, I, 149).

346. — On a supposé le cas, et même il s'est présenté, où la maison d'habitation serait située sur la limite de deux arrondissements différents. Il serait alors assez naturel, sauf les circonstances particulières, que la principale porte d'entrée déterminât le domicile, parce qu'elle est effectivement le signe extérieur du principal établissement (Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 11 ; Toullier, t. I, n° 78 ; Douai, 27 mars 1878, maire de la Madelaine-les-Lilles, Dev. 1878-2-178.)

347. — Mais ne pourrait-on pas trancher toutes les difficultés, dont nous venons de parler, en déclarant que la même personne a, dans ces circonstances, autant de domiciles que d'établissements différents?

En d'autres termes, peut-on avoir plusieurs domiciles?

Et, pour poser de suite l'autre question extrême en sens inverse, peut on n'en avoir aucun?

Les lois romaines décidaient, sur ces deux points, l'affirmative (L. 5; L. 6 § 2; L. 27 § 2, ff. *ad Municipalem; voy.* aussi Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 8).

Au contraire, la négative est généralement enseignée sous le Code Napoléon; on professe qu'il n'est pas plus possible aujourd'hui d'avoir plusieurs domiciles que de n'en avoir aucun.

Nous allons examiner séparément ces deux questions; et peut-être reconnaîtrons-nous qu'au fond et dans les résultats, les deux législations sont, en définitive, presque semblables.

Première question : Peut-on avoir plusieurs domiciles?

L'unité du domicile, proclamée par les orateurs du Tribunat (séance du 23 octobre an XI, discours de M. Malherbe au Corps législatif), paraît bien résulter, en effet, de tous les textes nouveaux : — de l'article 102, qui, prévoyant précisément l'existence de plusieurs établissements, place le domicile de la personne au lieu nécessairement unique de son *établissement principal;* — des articles 103 et 104, qui subordonnent absolument l'acquisition d'un nouveau domicile à l'abandon et à la perte du domicile antérieur; — de l'article 110, qui détermine le lieu de l'ouverture de la succession par celui du domicile, c'est-à-dire d'un lieu unique où seront ainsi concentrées toutes les affaires de l'hérédité; — de tous les autres textes enfin, qui admettent bien la distinction entre le domicile civil et le domicile politique (*supra*

n° 340); entre le domicile et la résidence (art. 116); entre le domicile réel et le domicile d'élection (art. 111), mais qui jamais ne reconnaissent le concours de deux domiciles réels en même temps (art. 2, 59, 69-8°, Cod. de procéd., etc.). Et on ne peut nier que cette doctrine ne soit, en général, préférable; car la pluralité des domiciles, qui, au premier abord, semblerait devoir résoudre les questions que nous avons agitées plus haut (n° 345), ne ferait le plus souvent que multiplier les mêmes difficultés sur plusieurs points à la fois (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire,* § 1; Duranton, t. I, n° 359; Zachariæ, t. I, p. 279; Richelot, t. I, n° 224; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 170; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 120).

Cette proposition me paraît bien établie; et je pense qu'en droit, que théoriquement on ne peut avoir qu'un domicile (comp. Cass., 17 févr. 1862, Staps, Dev., 1862, I, 366).

Mais j'ajoute aussi qu'en fait, il pourra très-souvent arriver que les choses se passent, à certains égards, comme si on pouvait en avoir plusieurs. Si, en effet, les tiers ont été induits en erreur par le fait d'une personne qu'ils ont pu et dû considérer comme domiciliée dans un endroit, où elle n'avait pourtant pas son vrai domicile, je pense qu'ils seront fondés à soutenir qu'en ce qui les concerne, pour la validité, par exemple, de leurs poursuites, pour la compétence du tribunal qu'ils ont saisi, cette personne doit être considérée comme domiciliée dans cet endroit. Toutes les apparences par lesquelles les tiers auraient été trompés, tiendraient lieu, à leur égard, du domicile véritable, et élèveraient une fin de non-recevoir contre l'autre partie qui serait ainsi réputée avoir fait dans cet endroit une sorte d'élection de domicile (art. 1382, 1383, 111). C'est là une question de bonne foi et de dommages-intérêts, que les tribunaux devraient apprécier suivant les circonstances (comp. Merlin, *Rép.*,

v° *Déclinatoire*, § 1, t. III, p. 349; Delvincourt, t. I, p. 41, note 6; *voy.* aussi *infra* n° 353).

348. — Seconde question : Peut-on n'avoir aucun domicile?

Pour la négative, on raisonne ainsi :

L'article 102 suppose implicitement que tout Français a un domicile; et telle est, en effet, la conséquence qui résulte des textes et des principes généraux. Le mineur a, jusqu'à sa majorité ou son émancipation, le domicile de ses père et mère ou tuteur (art. 108, 406). Ce premier domicile d'origine, ce domicile paternel, comme Pothier l'appelle, le mineur, après sa majorité ou son émancipation, le conserve toujours, tant qu'il n'en a pas adopté lui-même un autre (*Introd. gén. aux cout.*, n° 12). Il est donc clair que nul ne peut être sans domicile; et voilà bien pourquoi notre Code, sans tracer de règles sur l'acquisition première du domicile, ne s'occupe que du changement, que de la translation dans un nouveau lieu du domicile existant déjà dans un autre lieu (art. 103, 104); nulle part il ne reconnaît la possibilité de l'abandon absolu, de l'abdication pure et simple du domicile; on ne peut le perdre d'un côté qu'en l'acquérant de l'autre. Il est vrai que l'art. 59 du Code de procédure semblerait supposer qu'on peut n'avoir pas de domicile; mais il est, à cet égard, rectifié soit par l'art. 69-8° du même Code, qui déclare seulement que le domicile d'une personne peut n'être pas connu, soit par l'art. 270 du Code pénal, d'après lequel les vagabonds sont ceux qui n'ont ni domicile *certain*..., etc.)

Tels sont les motifs, qui militent en faveur de l'opinion d'après laquelle on ne peut pas n'avoir aucun domicile (comp. Cass., 22 janv. 1850, Michel, Dev., 1850, I, 207; Cass. 12 déc. 1877, Savy, Dev., 1878, I, 18; Toullier, t. I, n° 371; Proudhon, t. I, p. 243; Duranton, t. I, n° 360; Richelot, t. I, n° 224).

Cette théorie du domicile paternel est généralement vraie; mais pourtant, elle ne me paraît pas suffisante

pour résoudre toutes les difficultés, que cette situation peut présenter.

Je le prouverai sous un double rapport :

1° Il est possible que la trace du domicile d'origine soit entièrement perdue et ignorée de tout le monde, de celui-là même dont le domicile est en question; je demande alors comment les choses se passeront.

2° Lors même que le domicile d'origine serait connu, il est possible que la personne qui n'en a pas adopté un autre, et qui est ainsi réputée l'avoir conservé, l'ait depuis longtemps et absolument abandonné, et n'y ait plus aucune espèce de relation; je demande si le domicile, qui n'est alors, à vrai dire, qu'une pure abstraction, qu'une sorte de subtilité juridique, produira néanmoins encore tous les effets du domicile réel.

Reprenons successivement ces deux hypothèses :

N° 1. C'est par exemple un comédien ambulant, un marchand colporteur (Douai, 31 mars 1843, Wolf, Dev., 1843, I, 327), ou tout autre individu gyrovague, qui passe sa vie à courir de ville en ville; son domicile d'origine est tout à fait ignoré, il n'en a même jamais eu peut-être; il est né dans une auberge, de parents en simple passage dans une ville, et menant déjà cette vie cosmopolite, qu'il a lui-même continuée avec eux et après eux. Le domicile paternel ne peut évidemment être ici d'aucun secours; la vérité est que ces individus n'ont pas alors de domicile, même dans la subtilité du droit. *Idem est non esse aut non apparere.* Aussi, les textes mêmes, prévoyant cette situation, n'hésitent pas à reconnaître que l'individu n'a pas, dans ce cas, de domicile (art. 2, 59, 69-9°, Code de procéd.); et ils déclarent que la résidence actuelle en tiendra lieu. Telle est, en effet, la règle à suivre (comp. Zachariæ, t. I, p. 278; Nancy, 1er déc. 1874, Besnard, Dev., 1875-2-237).

Que si le lieu de la résidence elle-même n'était pas connu, ou si cette résidence était si mobile et si insaisissable qu'elle ne pût pas être suffisamment reconnue et

déterminée, l'article 69-8° du Code de procédure indique comment l'exploit devrait être fait; et quant au tribunal compétent en matière personnelle, je pense que le demandeur pourrait alors saisir celui de son propre domicile, comme cela se pratique à l'égard des étrangers, qui n'ont ni domicile ni résidence en France (Pigeau, *Procéd. civ.*, t. I, p. 106; *supra*, n° 252; comp. Colmar, 30 avril 1863, Wencher, Dev., 1863, II, 125).

Voilà pour la remise de l'exploit, pour la compétence du tribunal.

Mais le lieu de l'ouverture de la succession, où sera-t-il? (Art. 110.) Au lieu de la résidence, remplaçant alors le domicile.

Mais si la résidence elle-même n'avait aucun caractère de fixité et ne pouvait pas raisonnablement déterminer le lieu de l'ouverture de la succession?... bien plus, s'il n'y avait pas du tout de résidence en France? c'est, par exemple, un individu né en pays étranger, de parents depuis longtemps éloignés de la France; cet individu, né de parents français, est par conséquent Français lui-même; mais il est né, il a vécu, il est décédé en pays étranger; il laisse des biens, des immeubles même situés en France; où sa succession s'ouvrira-t elle?

Désignerons-nous, avec quelques lois romaines, le lieu où se trouve la plus forte partie des biens héréditaires? (L. 50, pr., L. 52 § 3, ff. *de Judiciis.*) Cela paraîtrait, en effet, raisonnable, puisque c'est dans ce lieu que se trouveront aussi en plus grand nombre les éléments nécessaires des opérations du partage. Mais comment savoir où se trouve située la plus grande partie des biens? et si les héritiers ne s'accordent pas, faudra-t-il plaider d'abord sur ce point?

J'aimerais donc mieux dire, dans ce cas, que s'il n'y a qu'un seul héritier, c'est devant le tribunal de son domicile que toutes les demandes devront être portées (ce qui ne souffre pas de difficultés); et que, s'il y a plusieurs

héritiers, la demande sera portée devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, au choix de celui qui se constituera le premier demandeur (art. 59 Code de procéd.).

N° 2. Le domicile d'origine est connu; on sait très-bien que Paul est né à Strasbourg; mais il y a vingt ans, il y a trente ans qu'il a quitté Strasbourg, qu'il a rompu toutes ses relations avec cette ville, où il n'a plus aucun intérêt, où il ne connaît peut-être plus personne. Il voyage, il court le monde, il ne s'est fixé dans aucun lieu, ou bien il a voué sa vie à la carrière militaire et suit partout son drapeau (L. 23, § 1, ff. *ad Municipalem*).

Est-il donc vrai que ce domicile d'origine devra être considéré comme le sien? — les exploits y seront-ils valablement faits? — y sera-t-il valablement assigné, en matière personnelle, devant le juge de ce domicile? — sa succession enfin s'y ouvrira-t-elle?

Direz-vous :

Le domicile est connu; or, il résulte 1° des articles 68 et 69-8° du Code de procédure que, dans ce cas, l'exploit doit être remis au domicile de la personne; 2° des articles 2 et 59 du même Code, que la personne doit être assignée en matière personnelle devant le juge de son domicile; 3° de l'article 110 du Code Napoléon, que son domicile détermine le lieu de l'ouverture de sa succession; donc, c'est à Strasbourg que l'exploit devra être remis au maire, d'après l'article 68 du Code de procédure, et non au procureur impérial, d'après l'article 69-8° du même Code; donc, c'est devant le tribunal de Strasbourg que la demande devra être portée; donc, enfin, c'est à Strasbourg que la succession s'ouvrira, de la même manière que c'est sur les registres de l'état civil de Strasbourg, qu'il faudrait inscrire les différents actes relatifs à l'état civil de cette personne (art. 60, 93, 171, 359, 363, etc.).

Je ne saurais admettre indistinctement toutes ces con-

séquences. Peut-être même paraîtrait-il souvent raisonnable, en pareil cas, de les rejeter toutes, et de suivre, lorsque le domicile d'origine n'existe plus, en fait, que de nom, que par suite d'une fiction et d'une subtilité légale, de suivre, dis-je, alors les mêmes règles que lorsque ce domicile est entièrement inconnu.

Toutefois, je conviens qu'à l'égard du tribunal compétent en matière personnelle, du lieu de l'ouverture de la succession, et surtout pour ce qui concerne les actes de l'état civil, je conviens que le raisonnement qui invoque l'effet du domicile d'origine, procède alors avec logique. Le domicile, en effet, se conserve par la seule intention; il se conserve toujours, tant qu'on n'en a pas adopté un autre (art. 103, 104); il est une création juridique et abstraite, indépendante de la résidence; et la loi, n'ayant déterminé aucune époque après laquelle le domicile abandonné perdrait son caractère et ses effets, il ne paraît pas permis à la doctrine de limiter, en droit, les conséquences du principe, alors même qu'en fait, elles ne se justifient plus par des motifs d'utilité et de raison.

Mais je n'admettrais pourtant pas cette conséquence, en ce qui concerne le point de savoir où et comment l'exploit doit être remis; je pense que la disposition applicable serait alors non pas l'article 68, mais bien l'article 69-8° du Code de procédure, et que l'exploit devrait être remis non pas au maire, comme dans le cas où la personne a, en effet, un domicile, mais bien au procureur impérial, comme dans le cas, au contraire, où elle n'en a pas.

Je fonde cette solution spéciale d'abord sur l'article 68 et en outre sur ses motifs et sur l'objet essentiel qu'il se propose :

L'article 68 porte que : « Tous exploits seront faits « à personne ou domicile; mais si l'huissier ne trouve « au domicile ni la partie, ni aucun de ses parents ou

« serviteurs, il remettra de suite la copie à un voisin, « qui signera l'original; si ce voisin ne peut ou ne veut « signer, l'huissier remettra la copie au maire ou adjoint « de la commune, lequel visera l'original sans frais.... » N'est-il pas évident que toutes les expressions de cet article se réfèrent à un domicile actuel, véritable, effectif, au domicile enfin où se trouve, en réalité, le principal établissement de la personne, là où elle a des parents, des serviteurs, des voisins, là où le maire, qui la connaît et qui sait où la trouver, pourra lui remettre l'exploit!

Et cela est tout à fait raisonnable et même nécessaire; car il s'agit de porter cet exploit à la connaissance de la personne; il s'agit d'être sûr qu'il lui parviendra; or, en pareil cas, c'est le fait, plus encore que le droit, qui doit faire la règle; et un domicile fictif et purement nominal ne saurait atteindre ce but.

C'est ainsi que me paraît devoir être entendu le mot domicile, dans l'article 68, plutôt en fait qu'en droit, je le répète, désignant plutôt le domicile apparent que le domicile véritable; et tel est en effet le sentiment de Pothier:

« Lorsque nous disons que la prescription court « entre présents, lorsque tant le possesseur que le pro- « priétaire ont leur domicile dans le même bailliage, il « est évident que nous n'entendons parler que du domi- « cile de fait et de résidence, *dans le sens dans lequel l'or- « donnance de 1667 le prend, lorsqu'elle dit que les exploits « d'assignation doivent être donnés à personne ou à domi- « cile.* » (*Traité de la Prescription*, part. I, chap. IV, « n° 107; *voy.* aussi Nîmes, 12 mars 1834, Arnaud, « Dev., 1834, II, 360; Cass., 11 août 1842, Lefeuvre, *Journ. du Pal.*, t. I de 1843, p. 498.)

La loi d'ailleurs emploie elle-même quelquefois le mot *domicile*, dans l'acception que lui donne souvent le langage ordinaire, c'est-à-dire comme synonyme de *maison*, de *résidence* (art. 781 Code de procéd.; 87 Code d'instr. crim.; 184, Code pén.).

349. — Un Français pourrait-il transporter son domicile en pays étranger, de manière à ne plus conserver aucun domicile en France?

La Cour de Cassation semble avoir implicitement décidé l'affirmative, par les motifs de son arrêt du 17 janvier 1837 (Mallez, Dev., 1837, I, 701; comp. Toulouse, 7 déc. 1863, Mouret, Dev., 1864, II, 241).

On peut dire, en faveur de cette opinion, que l'article 102 ne distingue pas si le principal établissement qui détermine le lieu du domicile, se trouve en France ou en pays étranger; qu'un très-grand nombre de Français ont effectivement, en pays étranger, des établissements considérables, qui forment le centre et le siége principal de leurs affaires; qu'il ne serait pas juste alors de les considérer comme ayant encore en France, un domicile; qu'aussi les nos 8 et 9 de l'article 69 du Code de procédure distinguent bien ceux qui n'ont aucun domicile connu, de ceux qui *sont établis chez l'étranger* (*voy.* aussi art. 74; comp. Demangeat, sur Fœlix, t. I, p. 57, note *a*; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 124).

Je ne crois pas néanmoins qu'un Français soit recevable à soutenir qu'il peut, légalement et en droit, n'avoir aucun domicile en France. Il peut bien arriver qu'il n'en ait pas; et cela arrive très-souvent; et j'ai moi-même pensé que la théorie du domicile d'origine était impuissante contre ce fait. Mais je pense aussi qu'il n'est pas possible d'ériger ce fait en principe et en théorie.

La loi sur le domicile, en effet, bien qu'elle ne soulève que des questions d'intérêt privé et même souvent de simple procédure, n'en est pas moins, ainsi que nous l'avons dit (*supra*, n° 338), dans son ensemble, dans son but général, et comme institution, une loi d'ordre, une loi d'organisation; aussi, le Code Napoléon n'admet-il pas l'abandon pur et simple, l'abdication absolue du

domicile; il n'admet que le changement, que la translation d'un lieu dans un autre; on ne perd l'ancien qu'en acquérant le nouveau; or, un domicile en pays étranger est, en ce qui concerne la loi française, comme s'il n'existait pas; car il ne saurait, sous aucun rapport, remplacer le domicile en France; donc, c'est d'un établissement en France qu'il est question dans l'article 102.

Quant à l'article 68-9° du Code de procédure, tout ce qui en résulte, c'est que l'exploit, dans ce cas, ne doit pas être remis au domicile, que le Français établi en pays étranger, est toujours réputé conserver en France; et c'est là seulement une nouvelle preuve qu'en fait de remise d'exploit, les règles du domicile ont quelque chose de spécial (*supra*, n° 348).

Enfin, j'ajoute que l'établissement du Français en pays étranger, tant qu'il ne s'y fait pas naturaliser, ne présente pas ces caractères de durée, de fixité, qui constituent le domicile; le Français est toujours présumé conserver l'esprit de retour, et n'être dès lors que plus ou moins temporairement en pays étranger (*infra*, n° 354; Fœlix, *Droit international*, t. I, n° 28).

SECTION II.

SOMMAIRE.

350. — Division.

§ I.

Des personnes qui peuvent choisir et déplacer, à leur gré, leur domicile.

351. — En général, toute personne maîtresse de ses droits peut changer de domicile.

352. — Ce changement s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement. — Comment se prouve l'intention.

353. — Faut-il que le fait de l'habitation ait eu une durée quelconque,

ou bien la translation du domicile suit-elle immédiatement les déclarations faites d'après l'article 104?
354. — Quel doit être le caractère des circonstances, qui, à défaut de déclaration expresse, fournissent la preuve de l'intention.
355. — Suite.

§ II.

Des personnes dont la loi détermine elle-même le domicile.

356. — La loi détermine elle-même le domicile 1° des femmes mariées; 2° des mineurs non émancipés; 3° des interdits; 4° de fonctionnaires publics, nommés à vie et inamovibles; 5° de ceux qui servent ou travaillent habituellement chez une personne, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison.
357. — 1° La femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari.
358. — *Quid*, dans le cas de séparation de corps? — *Quid*, pendant l'instance même en séparation, lorsque la femme a été autorisée à se retirer du domicile conjugal?
359. — 2° Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou tuteur. — Le mineur, après la dissolution du mariage, a-t-il son domicile chez le survivant de ses père et mère, si celui-ci n'est pas tuteur?
360. — Le domicile du mineur change-t-il avec celui du tuteur? — Renvoi.
361. — Quel est le domicile de l'enfant naturel, mineur non émancipé? — *Quid*, de l'enfant de troupe?
362. — 3° L'interdit a son domicile chez son tuteur. — *Quid*, de l'individu à qui on a seulement donné un conseil judiciaire?
363. — *Quid*, si la femme est nommée tutrice de son mari interdit? — *Quid*, si un autre qu'elle-même est nommé tuteur? Où sera dans ce dernier cas, le domicile de la femme?
364. — 4° Les fonctionnaires publics, nommés à vie et non révocables, ont de plein droit leur domicile dans le lieu de l'exercice de leurs fonctions. — Comment et à quelle époque s'opère, dans ce cas, la translation de domicile?
365. — L'article 107 s'applique-t-il aux sénateurs?
366. — L'acceptation de fonctions publiques, temporaires ou révocables n'emporte point translation de domicile. — Mais le titulaire ne perdra-t-il son ancien domicile qu'autant qu'il aura fait les deux déclarations mentionnées dans l'article 104?
367. — 5° Les majeurs, qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, ont le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison.
368. — A quelles personnes s'applique l'article 109?
369. — Suite.
370. — Lorsque la cause sur laquelle est fondée l'attribution légale du

domicile de droit vient à cesser, la personne ne recouvre pas l'ancien domicile qu'elle avait auparavant.

330. — Chacun peut-il placer et transporter où bon lui semble son domicile?

Il faut distinguer deux classes de personnes :

1° Celles qui peuvent choisir et déplacer à leur gré leur domicile, en observant les conditions générales déterminées à cet effet;

2° Celles dont la loi elle-même fixe, de plein droit, le domicile dans un certain lieu, indépendamment de l'accomplissement de ces conditions.

§ I.

Des personnes qui peuvent choisir et déplacer à leur gré leur domicile.

331. — En général, toute personne maîtresse de ses droits, peut changer de domicile, et transporter où bon lui semble son principal établissement (art. 103; L. 31, ff. *ad Municipalem*).

Mais ce changement est soumis à certaines conditions déterminées par la loi.

Le principe, à cet égard, c'est que le domicile se forme par la prise de possession légale du lieu dans lequel on veut l'établir; et c'est ainsi que deux des règles les plus importantes de la possession se trouvent applicables au domicile :

1° La possession légale, la possession civile ne s'acquiert que par le fait et par l'intention réunis, *corpore et animo, neque per se corpore, neque per se animo* (L. 3, § 1, ff. *de Adq. vel amitt. poss.*).

Par le fait, c'est-à-dire, en général, par l'occupation.

Par l'intention, c'est-à-dire par la volonté d'avoir pour soi la chose, de la conserver non point pour un temps, non point précairement, comme le fermier, comme le dépositaire, mais au contraire de se l'approprier d'une

manière permanente et durable; et voilà bien, comme nous allons voir, l'intention, qui caractérise surtout l'établissement du domicile, cette intention de la personne, qui adopte définitivement un certain lieu pour s'y tenir et s'y fixer.

3° La possession, une fois acquise, se conserve par la seule intention; *solo animo retinetur* (L. 4, Cod. *de Adq. vel retin. poss.*). De même aussi le domicile se conserve, comme nous l'avons vu, distinct et indépendant de la résidence.

352. — « Le changement de domicile s'opérera par le « fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à « l'intention d'y fixer son principal établissement. » (Art. 103.)

Le concours des deux conditions est donc indispensable (*voy.* comme exemples : Cass., 25 août 1835, de Baudre, Dev., 1838, I, 89; Cass., 7 mai 1839, Descoutures, D., 1839, I, 225; Cass., 21 août 1862, de Morant; et 17 déc. 1862, Vasseur, Dev., 1863, I, 351-352).

Il faut d'abord le fait même, c'est-à-dire, non pas seulement le transport des meubles, ou des préparatifs quelconques d'installation, mais la prise de possession effective du nouveau lieu, l'habitation réelle enfin, avec les caractères que nous avons déjà indiqués (*supra* n° 345).

« C'est pourquoi, dit Pothier, quelques signes qu'ait « donnés une personne de la volonté de transférer son « domicile dans un autre endroit, et quelque raison « qu'elle ait de l'y transférer, elle n'y est pas encore do- « miciliée, tant qu'elle ne s'y est pas effectivement éta- « blie. » (*Introd. gén. aux cout.*, n° 14; comp. Cass., 30 juill. 1850, Delaruelle, Dev., 1850, I, 597).

Mais l'intention! comment sera-t-elle connue?

1° Régulièrement, elle doit être exprimée par une déclaration, faite tant à la municipalité du lieu que l'on quitte, qu'à celle du lieu où l'on transfère son domicile.

2° A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'inten-

tion dépend des circonstances (art. 104, 105 comp. Cass., 8 déc. 1840, Bellot, Dev., 1840, I, 940; Cass., 26 mars 1873, Piton; et 16 juill. 1873, Piton, Dev. 1873, I, 423).

La déclaration dans l'un et dans l'autre lieu est nécessaire; mais on conçoit que la déclaration faite même seulement dans l'un d'eux, pourrait être prise en sérieuse considération, pour l'appréciation des circonstances, qui servent à révéler l'intention d'un changement de domicile (comp. Demante, t. I, n° 130 *bis*. I).

353. — Faut-il que le fait de l'habitation dans le nouveau lieu ait eu une durée quelconque après les déclarations? ou bien, la translation du domicile est-elle immédiatement opérée?

D'après l'article 173 de la coutume de Paris, l'habitation devait avoir duré l'an et jour; et c'était là encore un trait curieux de ressemblance du domicile avec la possession (art. 23, Cod. de procéd.).

Mais on ne saurait exiger aujourd'hui aucune condition de ce genre. Les articles 103-105 ne déterminent aucun délai après lequel le domicile serait seulement transféré. Comment en fixer un dès lors, sans violer les textes et sans un violent arbitraire? aussi, l'article 107 déclare-t-il que, dans le cas qu'il prévoit, la translation est, en effet, immédiate (comp. Limoges, 1er septembre 1813, Thalabaud, Sirey, 1813, II, 353).

On avait, à cet égard, proposé de distinguer le domicile de l'individu par rapport à lui-même, par exemple pour l'ouverture de sa succession, la convocation de son conseil de famille, etc., et par rapport aux tiers, quant aux poursuites qu'ils auraient à diriger.

Si cette distinction prétendait par là qu'en droit, la même personne peut avoir deux domiciles, je ne saurais l'admettre (*supra*, n° 347); mais je l'adopte par un autre motif déjà indiqué; lorsqu'une partie, en effet, a induit les tiers en erreur par une conduite telle qu'il ne leur a pas été possible de reconnaître son vrai domicile, elle est

non recevable à se plaindre de ce que les diligences auraient été faites contre elle, dans un lieu qui était, à l'égard des tiers son domicile apparent. M. Berriat Saint-Prix invoque avec raison, en ce sens, l'article 69-8° du Code de procédure, qui permet d'assigner au lieu de leur résidence ceux dont le domicile n'est pas connu (*Procéd. civ.*, t. I, p. 211, note 9). Cela est surtout incontestable, lorsque la partie a changé de domicile pendant le cours d'une instance déjà liée (comp. Cass., 30 mars 1836, Froidefond, Dev., 1836, I, 506; Cass., 28 nov. 1837, Barre, Dev., 1838, I, 464).

Cette application toute naturelle de l'article 1382 prévient les dangers que le principe de la translation immédiate du domicile pourrait avoir pour les tiers, dangers qui trouvent d'ailleurs toujours aussi un remède dans la liberté souveraine d'appréciation, qui appartient aux magistrats sur le point de savoir s'il y a eu effectivement changement réel d'habitation (comp. Cass., 8 mars 1815, de Querrieux, Sirey, 1816, I, 109; Cass., 2 mars 1819, Vandoferesten, Sirey, 1819, I, 385; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Inscript. hypoth.*, § 1, p. 565; Toullier, t. I, n° 372; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 520; *voy.* aussi *infra*, n° 355).

354. — Quant aux circonstances, qui peuvent remplacer les déclarations, nous les avons déjà indiquées (*supra*, n°s 344-345).

Ce qu'il faut surtout, lorsqu'il s'agit de la translation du domicile, c'est qu'elles témoignent à la fois de l'abandon complet de l'ancien lieu et de l'adoption définitive du nouveau. C'est alors particulièrement que l'habitation dans le nouveau lieu, doit présenter les caractères de la possession légale, c'est-à-dire n'avoir rien de passager, de provisoire, d'accidentel.

Voilà pourquoi les étudiants, même majeurs, qui s'éloignent de leur pays pour aller suivre les cours des facultés dans les villes où elles sont établies, ne perdent

pas leur domicile (L. 2, Cod. *de Incolis*); pourquoi il en est de même des militaires en garnison; l'article 6 de la loi du 28 février 1790 était même, à leur égard, formel sur ce point (*voy.* aussi art. 93; Cass., 10 vendémiaire an XIII, Destaing, D., *Rec. alph.*, t. VI, p. 382; Cass., 1er mars 1826, Forceville, D., 1826, I, 268; Nancy, 22 juill. 1876, Holchout, Dev., 1878-2-103).

De même, des marins à bord d'un bâtiment, dans une ville où ils n'ont qu'une résidence momentanée.

De même *a fortiori*, des prisonniers chez l'ennemi.

Ce sont là de pures résidences *ad tempus*, qui sont loin d'exclure l'esprit de retour, et qui d'ailleurs, dans ces derniers exemples, n'étant pas l'effet du choix et de la volonté des personnes, ne sauraient fournir la preuve de leur intention de changer de domicile (comp. Paris, 19 juill. 1862, Joullain, Dev., 1862, II, 474; Bordeaux, 4 juin 1862, Lemée, Dev., 1862, II, 501).

Au contraire, l'Hôtel des invalides « n'étant point une « garnison où les militaires fassent une résidence mo« mentanée, forme le domicile et l'habitation permanente « de ceux qui y sont admis pour y passer le reste de leur « vie et y jouir du repos que d'honorables services leur « ont mérité. » (Paris, 16 janvier 1807, Micault, D., *Rec. alph.*, t. VI, p. 383.)

On a jugé que la profession d'avocat n'entraîne pas, par elle-même et abstraction faite de toute circonstance, la translation du domicile dans le lieu où elle est exercée (Douai, 11 déc. 1844, Houzel, Dev., 1845, II, 278).

Cela peut être vrai, en effet, surtout pour les jeunes avocats; mais il faut ajouter qu'elle est une circonstance à prendre en très-sérieuse considération pour prouver l'établissement du domicile, et qu'il arrivera même très-rarement qu'elle ne doive pas être décisive.

353. — L'habitation dans le nouveau lieu n'est soumise non plus à aucune condition légale de durée, lors même que les déclarations n'ont pas été faites (*supra*, n° 353).

Mais on comprend que, dans ce cas, la preuve de l'intention ne résultant que des circonstances, la durée plus ou moins longue de la résidence dans le nouveau lieu, sera prise en grande considération, et sera même le plus souvent nécessaire pour témoigner de l'intention.

§ II.

Des personnes dont la loi détermine elle-même le domicile.

356. — Les personnes dont la loi détermine elle-même le domicile, indépendamment des conditions générales dont nous venons de parler, sont :

1° Les femmes mariées;

2° Les mineurs non émancipés;

3° Les interdits;

4° Les fonctionnaires publics nommés à vie et inamovibles;

5° Ceux qui servent ou travaillent habituellement chez une personne, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison.

Toutes ces situations ne sont pas absolument semblables.

Dans les trois premières, la vérité est que les personnes n'ont pas elles-mêmes de domicile propre et qui leur appartienne. Ainsi, pour connaître le domicile d'une femme mariée, d'un mineur non émancipé, ou d'un interdit, il faut rechercher uniquement, d'après les règles ordinaires, quel est le domicile de leur mari ou tuteur. C'est, dans ces trois cas, un domicile de droit.

Dans le quatrième cas, le fonctionnaire public a son domicile à lui; mais ce domicile est encore, jusqu'à un certain point, indépendant du fait et de l'intention, en ce sens qu'il y a une présomption légale, qui tient lieu de l'un et de l'autre.

Enfin, dans la dernière hypothèse, celui qui travaille

et demeure chez une personne, n'a son domicile à lui chez cette personne que par suite du fait même de son habitation ; la loi présume seulement alors l'intention de plein droit.

Reprenons successivement ces différentes situations.

357. — 1° La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari (art. 108). Où est, en effet, son principal établissement, si ce n'est chez son mari ! où doit-elle avoir l'intention de demeurer toujours, si ce n'est chez lui et avec lui ! (Art. 214.)

Telle est la présomption légale, exclusive dès lors de toute preuve contraire, soit sur le fait, soit sur l'intention. (Comp. Alger, 6 juin 1870, Perths, Dev. 1871, II, 45).

Ainsi, une femme, actuellement domiciliée à Lyon, épouse à Lyon même un homme domicilié à Paris. Dès le jour de la célébration du mariage, le domicile de la femme est de plein droit transporté à Paris; et lors même qu'elle mourrait à Lyon, sans avoir jamais été à Paris, son domicile serait à Paris; et sa succession s'y ouvrirait.

Pareillement, il est inutile de dire qu'aucun consentement du mari, aucune convention des époux ne saurait autoriser la femme à avoir un domicile séparé; car, le mari ne peut pas renoncer à la puissance maritale et au droit qu'il a toujours de rappeler sa femme près de lui (art. 6, 214, 1388).

358. — Mais ce que ne peut pas faire l'accord volontaire des époux, ni leur séparation de gré à gré, si prolongée qu'elle soit, un jugement le peut-il?

En d'autres termes, la femme séparée de corps judiciairement peut-elle se choisir un domicile distinct de celui de son mari ?

Pour la négative, on invoque le texte même de l'article 108 et les principes généraux : l'article porte, en effet, d'une manière absolue, que la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari; il ne dit pas : la

femme non séparée de corps, comme il a soin de dire : le mineur non émancipé. C'est que la séparation de corps n'est pas un état nécessairement irrévocable; la loi espère, au contraire, qu'il n'est que temporaire et provisoire, et qu'il cessera un jour par la réconciliation des époux; elle ne peut pas dès lors reconnaître dans la résidence de la femme séparée ces caractères de fixité et d'avenir qui constituent précisément le domicile. La femme séparée de corps d'ailleurs n'est pas affranchie de la puissance maritale (Cass., 6 mars 1827, Dellalleau, D., 1827, I, 163); et par exemple, elle a toujours besoin de l'autorisation de son mari dans les actes importants de la vie civile; par conséquent, l'un des motifs pour lesquels la femme a son domicile chez son mari, n'a pas cessé d'exister (art. 217, 1538; comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Domicile*, § 5; Dalloz, *Rec. alph.*, t. VI, p. 375, v° *Domicile*, n° 9; Zachariæ, t. I, p. 280).

Je conviens que le texte de l'article 108 est général; mais il doit être concilié avec les autres articles du Code, et entendu suivant la pensée essentielle qui résulte de ces rapprochements; or, l'article 108 n'est que la conséquence des articles 214 et 102 : de l'un, qui impose à la femme l'obligation de résider avec son mari; de l'autre, qui, plaçant le domicile au lieu du principal établissement, a dû mettre, en effet, le domicile de la femme chez son mari. Mais tous ces motifs n'existent plus, dès qu'un jugement de séparation a permis à la femme de s'établir où elle voudra; les articles 102 et 214 sont alors inapplicables; donc aussi l'article 108, qui n'en était que la conséquence. Tel était, en effet, l'ancien droit (Pothier, *Introd. gén. aux cout.*, n° 10; Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XXII, n° 201); et si l'article 108 ne s'en est pas plus formellement expliqué, c'est peut-être parce qu'à l'époque où il a été rédigé, on était encore sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792 (art. 7), qui n'admettait que le divorce; c'est aussi parce que le

Code Napoléon ne renferme que très-peu de dispositions sur les effets de la séparation de corps (art. 306 311), et qu'il est dès lors raisonnable de s'en référer aux anciens principes, quand il n'y a pas dérogé (voy. toutefois Trib. civ. de Castel Sarrasin, 8 avril 1864, Plantade, Dev., 1864, II, 82; et les *Observations* de M. Lataillhède).

Il est vrai que la femme séparée de corps est encore tenue, dans certains cas, d'obtenir l'autorisation de son mari. Mais ce seul motif ne saurait suffire pour faire triompher l'opinion contraire de tous les arguments qui la battent en brèche.

Serait-on bien sûr, par exemple, que les exploits adressés à la femme, lui parviendraient, s'ils étaient remis au domicile du mari? ne serait-il pas, au contraire, bien à craindre, dans l'état d'hostilité très-ordinaire des époux séparés, que le mari n'en prît aucun soin? et puis, pourquoi donc la succession de la femme s'ouvrirait elle au domicile du mari, dans ce lieu qu'elle a depuis longtemps abandonné peut être? Sans doute, cet exemple se présente quelquefois; mais alors c'est qu'il existe toujours, sinon en fait, du moins en droit, une relation légale de la personne avec le lieu qu'elle a quitté, une présomption de son esprit de retour dans ce lieu; or, dans notre espèce, il n'y a rien de pareil. Le jugement de séparation de corps autorise la femme à vivre séparément, non pas pour un temps, mais pour toujours. La possibilité d'une réconciliation n'empêche pas l'effet absolu et inconditionnel de ce nouvel état, que les parties elles-mêmes, au moment où elles se séparent, considèrent presque toujours comme irréparable et qui l'est effectivement aussi presque toujours! (Comp. Dijon, 28 avril 1807, Benon, D., *Rec. alph.*, t. VI, p. 379; Orléans, 25 nov. 1848, de Béhague, Dev., 1848, II, 575; Duranton, t. I, n° 365; Proudhon et Valette, t. I, p. 244; Richelot, t. I, n° 242; Boncenne, *Théorie de la procéd. civ.*, t. II, p. 203; Blondeau, *Rev. de dr. franç. et étr.*, t. I, p. 650 et suiv.; Zachariæ, Au-

bry et Rau, t. I, p. 518; Massé et Vergé, t. I, p. 122; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 174; Demante, t. I, n° 132 *bis*, I).

Mais ne pourrait-on pas même soutenir que, dès avant le jugement, la femme doit être considérée comme ayant un domicile séparé, lorsque le président du tribunal, en vertu de l'article 878 du Code de procédure, l'a autorisée à se retirer provisoirement dans une autre maison que celle de son mari?

Le domicile de la femme, pendant l'instance, est toujours, dira-t-on, chez le mari; sa résidence accidentelle et provisoire dans une autre maison pendant le procès, ne saurait déroger au principe posé par l'article 108 (comp. Cass., 19 août 1862, Lenault, Dev., 1862, I, 795).

Cette solution est très-vraie; mais elle me paraît néanmoins susceptible aussi de quelques restrictions.

J'ai dit plus haut (n° 348) qu'en ce qui concerne la remise des exploits, on s'attachait plus souvent encore au fait qu'au droit, au domicile apparent qu'au domicile véritable. Je pense que cette doctrine devrait encore ici, à quelques égards, recevoir son application.

Pourra-t-on, par exemple, remettre toujours au domicile du mari les exploits dirigés contre la femme, qui, plaidant en séparation de corps, a été autorisée à se retirer dans une autre maison?

Ou l'exploit est fait à la requête du mari lui-même; ou il est fait à la requête d'un tiers :

1° La Cour d'Aix a jugé que le mari lui-même pouvait faire faire, à son propre domicile, à lui mari! les exploits, les notifications quelconques qu'il avait à adresser à sa femme (Aix, 15 avril 1839, Giraud, D., 1839, II, 213; *voy.* aussi Merlin, *Quest. de droit*, v° *Mariage*, § 6).

Je n'admettrais pas cette opinion, par deux motifs : d'abord, parce qu'il me paraît contraire à l'équité, à la

raison même, de charger l'adversaire de la femme de recevoir, pour elle, les exploits qu'il lui adresse! ensuite, parce que, entre le mari et la femme, surtout pour ce qui concerne le procès en séparation, cette résidence, autorisée par le président du tribunal, doit tenir lieu de domicile; c'est là une conséquence naturelle, équitable, et même nécessaire, que le mari, dans ses rapports avec sa femme, est non recevable à contester (comp. Nîmes, 13 août 1841, Guérin, D., 1842, II, 94).

2° Quant aux exploits faits à la requête des tiers, je pense qu'ils seront valablement remis au domicile du mari. Cette autorisation, qui permet à la femme de résider provisoirement ailleurs, leur est, en effet, étrangère, et peut même très-souvent leur être inconnue; et encore, pourtant, ne faudrait il pas qu'on découvrît, de leur part, l'intention frauduleuse, plus ou moins concertée avec le mari, d'empêcher la femme d'avoir connaissance des exploits qui lui seraient ainsi adressés; car, dans ce cas, les exploits, même à la requête des tiers, devraient être déclarés nuls, par application de l'article 1382 du Code Napoléon, et aussi de l'article 35 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés, qui statue sur une hypothèse de très-près semblable à la nôtre :

« Dans le cas où un administrateur provisoire aura été « nommé par jugement, les significations à faire à la « personne placée dans un établissement d'aliénés seront « faites à cet administrateur. Les significations faites au « domicile pourront, suivant les circonstances, être an- « nulées par les tribunaux.... »

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, enseignent également cette doctrine (sur Zachariæ, t. I, p. 518).

359. — 2° Le mineur non émancipé a son domicile chez son père pendant le mariage (art. 373, 389); et après la dissolution du mariage par la mort du père ou de la mère, chez son tuteur (art. 108).

Ce tuteur est le plus ordinairement le survivant, soit le père, soit même la mère (art. 390).

Mais que décider, si le survivant, comme cela est possible (*voy.* par exemple art. 391), n'a pas la tutelle, et si un autre, parent ou même étranger, a été nommé tuteur?

Où sera le domicile du mineur? chez le survivant, à la puissance duquel il est soumis? (art. 372) ou chez le tuteur qui le représente dans tous les actes de la vie civile? (art. 450).

Pothier pensait autrefois, contrairement à l'opinion de quelques autres jurisconsultes de son temps, que « les mineurs ne composant pas la famille du tuteur « comme les enfants composent la famille de leur père, « ils sont dans la maison de leur tuteur comme dans une « maison étrangère; qu'ils n'y sont qu'*ad tempus*, pour « le temps que doit durer la tutelle; et que, par consé- « quent, le domicile de leur tuteur n'est pas leur vrai « domicile, et qu'ils ne peuvent être censés en avoir « d'autre que le domicile paternel.... » (*Introd. gén. aux cout.*, n° 17.)

L'article 108 s'exprime d'une façon un peu équivoque, qui autoriserait peut-être à dire encore aujourd'hui qu'en effet, le domicile du mineur est, avant tout, chez son père ou sa mère, tant que l'un ou l'autre existe, et à leur défaut seulement, chez son tuteur.

Il n'en est pourtant pas ainsi : Remarquez d'abord que l'article 108 est, dans tous les cas, certainement contraire à la doctrine de Pothier, qui n'admettait jamais que le mineur, même après la mort de ses père et mère, eût son domicile chez son tuteur. Notre Code place, au contraire, le domicile du mineur chez son tuteur, parce que c'est celui-ci en effet qui le représente dans tous les actes de la vie civile (art. 450); parce qu'il a le gouvernement de sa fortune et la direction de ses affaires; et que ces motifs sont décisifs pour déterminer

le lieu du domicile du mineur, bien plus que ses résidences plus ou moins temporaires et continues, soit dans des pensions, soit même chez le survivant de ses père et mère (comp. Duranton, t. I, n° 367; Zachariæ, t. I, p. 281).

560. — Le domicile du mineur change-t-il avec celui du tuteur, comme le domicile de la femme change certainement avec celui du mari?

Il n'est pas douteux que, pendant la durée du mariage, le domicile de l'enfant mineur change avec le domicile de son père.

Mais cela est-il vrai aussi du tuteur?

On tenait généralement, dans l'ancien droit, que le tuteur, excepté le père ou la mère, ne pouvait pas déplacer le domicile du mineur (Pothier, *Introd. gén. aux cout.*, n°s 17, 19; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, t. IV, § 5, n° 4, et t. XVI, § 5, n° 3). On ne voulait pas qu'il fût au pouvoir du tuteur de changer à son gré la capacité, les droits, toute la situation légale du mineur, en allant s'établir dans le ressort de telle ou telle autre coutume, qu'il lui conviendrait de choisir.

Ce danger n'existe plus aujourd'hui que la loi est la même pour tout l'Empire; néanmoins, la question s'agite encore, lorsqu'il s'agit de la composition du conseil de famille : Le tuteur peut-il en changer les éléments, le personnel, par un déplacement de domicile? (art. 406 et suiv.) c'est là une difficulté grave, que j'examinerai plus à propos à la place qui lui appartient dans le titre de la tutelle (Cass., 11 mai 1842, Mouton, Dev., 1842, I, 661; notre *Traité de la minorité, de la tutelle*, etc., t. I, n°s 235 et suiv.).

561. — Quant à l'enfant naturel mineur non émancipé, il a son domicile chez le père ou la mère qui l'a reconnu; s'il a été reconnu par l'un et par l'autre, il a régulièrement son domicile chez son père (arg. de l'art. 158; *voy.* aussi *sup.* n° 149); s'il n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre, il a son domicile dans l'hospice où il est reçu (art. 15 du

décret du 19 janvier 1811), ou chez la personne qui s'est chargée de l'élever (art. 347, Code pénal ; comp. Tribunal civil de Rouen, 13 novembre 1877, X......, *Le Droit* du 28 décembre 1877.)

Marcadé (art. 108, n° 2) et M. Richelot (t. I, p. 342, note 19) reprochent à Duranton d'avoir dit que l'enfant de troupe a son domicile sous le drapeau, et ajoutent que cet enfant a, comme tout autre, son domicile chez ses père et mère ou tuteur.

La critique ne me paraît pas fondée, parce qu'il est évident que l'honorable professeur désigne sous ce mot : *enfant de troupe*, l'enfant né de père et mère inconnus, *vulgo quæsitus*. Aussi, enseigne-t-il lui-même ensuite que l'enfant naturel a son domicile chez le père ou la mère qui l'a reconnu (comp. n°s 360 et 368).

La vérité est que celui qu'on appelle vulgairement enfant de troupe, *vulgo quæsitus*, n'aura le plus souvent pour domicile que les résidences successives dans lesquelles il se trouvera, en suivant le drapeau ; et c'est bien ce qui résulte de l'instruction du ministre de la guerre du 24 brumaire an XII, qui porte (sect. II) que « les enfants de troupe, *n'ayant jamais eu d'autre domi-* « *cile que le drapeau*, les publications (pour le mariage) « faites dans l'endroit où se trouve le corps, sont seules « exigibles à leur égard. » (Art. 167, Code Nap.; comp. Agen, 7 juin 1854, Canonge, Dev., 1854, II, 459.)

362. — 3° L'interdit a son domicile chez son tuteur, et par les mêmes motifs que le mineur non émancipé (art. 108, 509).

Cette règle s'applique aux condamnés qui, pendant la durée de leur peine, sont en état d'interdiction légale (art. 29, Code pén.).

Mais le prodigue (art. 513), ou tout autre individu (art. 499), auquel il a été nommé seulement un conseil judiciaire, conserve son domicile et peut s'en choisir un nouveau, aussi bien que le mineur émancipé.

363. — Il résulte de là que si la femme était nommée tutrice de son mari interdit (art. 506), le domicile de la femme deviendrait le domicile du mari, par un renversement de la règle générale. (Tribun. civ. de Chaumont, 17 avril 1867, Davilliers, Dev. 1867, II, 297.)

Mais où serait le domicile de la femme, si un autre qu'elle-même était nommé tuteur de son mari interdit?

La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari;

Or, le mari interdit a son domicile chez son tuteur;

Donc, la femme a son domicile chez le tuteur de son mari.

Le syllogisme me paraît tout à fait en règle; tel est aussi le sentiment de Duranton (t. I, n° 47), et de MM. Massé et Vergé (sur Zachariæ, t. I, p. 123).

M. Richelot (t. I, n° 244), et MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. I, p. 513), professent toutefois l'opinion contraire, en faveur de laquelle on invoque un arrêt de la Cour de Rennes, que je n'ai pas trouvé dans les recueils.

Les deux motifs de cette opinion sont : 1° que le tuteur du mari ne pourrait pas forcer la femme de résider chez lui; 2° qu'il n'exerce aucun des droits attachés à la puissance maritale (art. 222).

Mais d'abord, la résidence n'est pas une condition nécessaire du domicile attribué par la loi à certaines personnes; c'est ainsi que le mineur, non émancipé, qui réside chez le survivant de ses père et mère, n'en a pas moins son domicile chez le tuteur, étranger peut-être, qui le représente dans les actes de la vie civile. Il est vrai que le tuteur du mari interdit n'exerce pas la puissance maritale; mais le plus souvent néanmoins, il sera chargé, comme tuteur du mari, de l'administration des biens de la femme elle-même; car l'interdiction du mari (art. 489) est loin de supposer nécessairement le désordre de ses affaires; et dès lors, elle n'est point par elle-

même une cause de séparation de biens (art. 1445; Nîmes, 3 avril 1832, Pugnere, D., 1832, II, 157).

Ce motif, joint à la généralité du texte, me porte à croire que, même dans ce cas, le domicile de la femme n'est pas autre que celui du mari; car aucune cause légale ne lui concède alors la capacité de se créer ailleurs, pour elle-même et pour elle seule, un établissement principal, avec les caractères et les effets du domicile.

364. — 4° Les fonctionnaires publics ont, de plein droit, leur domicile dans le lieu de l'exercice de leurs fonctions, pourvu qu'ils soient tout à la fois nommés à vie et non révocables (comp. art. 106 et 107, Cod. Nap.; art. 11 de la loi du 9 avril 1831; Cass., 11 mars 1812, Provost, Sirey, 1813, I, 418).

La translation du domicile résulte alors uniquement et immédiatement de l'acceptation, c'est-à-dire de la prestation du serment.

Et d'abord, il est certain que la double déclaration, mentionnée dans l'article 104, n'est pas ici nécessaire. La preuve de l'intention dérive de l'acceptation même par laquelle le fonctionnaire s'engage à se dévouer aux devoirs de l'emploi, qui devient son principal établissement.

Ce motif prouve assez que toute déclaration contraire serait inadmissible; cette solution, quoique contredite par les *considérants* plutôt peut-être que par le dispositif d'un arrêt de la Cour de Bruxelles (22 février 1815, héritiers d'Aremberg, D., *Rec. alph.*, t. IV, p. 382), résulte du texte impératif de notre article 107 comparé surtout à l'article 106, et des termes formels du rapport fait au tribunat par M. Mouricault, le 18 ventôse an II (comp. Poitiers, 3 juin 1842, Esmain, D., 1843, II, 57; Merlin, *Répert.*, t. II, v° *Rec. des contrib. directes*, p. 13-16, et t. XVI, v° *Domicile*, § 3; Toullier, t. I, n° 375; Duranton, t. I, n° 361; Demante, t. I, n° 111; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 173; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 520; Massé et Vergé, t. I, p. 222).

Mais la prise de possession du nouveau lieu, l'habitation réelle enfin n'est-elle pas même ici nécessaire?

Par exemple, un Parisien, nommé premier président de la Cour de Bourges, qui prête aujourd'hui serment entre les mains de l'Empereur, est-il, dès aujourd'hui, domicilié à Bourges, avant de s'y être rendu et établi?

Pothier enseigne que celui qui est pourvu d'un emploi inamovible, n'est domicilié dans le lieu de l'exercice de ses fonctions *que lorsqu'il y est arrivé* (*Introd. gén. aux cout.*, n° 15).

Mais cette décision me paraît maintenant inadmissible, en présence des termes absolus de l'article 107; la translation *immédiate* résulte de l'acceptation des fonctions, c'est-à-dire de la prestation de serment. C'est ainsi que le domicile du mari devient immédiatement celui de la femme, lors même que le mariage serait célébré à une grande distance du lieu où il est établi (*supra*, n° 357).

Nous croyons toutefois qu'il aurait été plus sage d'exiger, dans ce cas ainsi que dans tous les autres, comme condition de la translation de domicile, l'habitation réelle dans le nouveau lieu; car il est certainement bizarre, dit très-bien M. Valette, qu'un fonctionnaire venant à mourir à Paris, apres qu'il a accepté des fonctions inamovibles, et prêté serment, sa succession s'ouvre à l'extrémité de la France peut-être, dans un lieu où il n'a jamais paru et où ne se trouve aucun papier, ni aucun document relatif à sa succession? (*Explic. somm. du liv.* I, p. 61.)

365. — L'article 107 ne s'applique, au reste, qu'aux fonctionnaires publics, dont les devoirs exigent ou du moins supposent une constante assiduité de soins.

Ils ne concernent point, par exemple, les sénateurs, hauts dignitaires de l'État bien plutôt que fonctionnaires publics, qui ne sont appelés à Paris que pendant la durée des sessions législatives, et qui peuvent d'ailleurs remplir, à d'autres titres, des fonctions publiques et permanentes dans les autres départements de l'Empire

(comp. Cass., 16 juin 1830, Perret, Sirey, 1830, I, 255; Grenoble, 29 décembre 1829, Perrier, Dev., 1830, II, 131).

366. — Quant à l'acceptation de fonctions soit temporaires, soit révocables, elle n'emporte point, par elle-même, translation du domicile (art. 106).

Mais faut-il conclure de cet article qu'en aucun cas, le titulaire d'une fonction amovible ou temporaire ne perdra son domicile qu'autant qu'il aura fait les deux déclarations mentionnées dans l'article 104?

Ou, au contraire, la preuve de son intention de transporter son domicile dans le lieu de l'exercice de ses fonctions, ne peut-elle pas résulter aussi des circonstances, suivant le droit commun (art. 105)?

Pour soutenir que, dans ce cas particulier, les déclarations sont toujours indispensables, on raisonne ainsi: on ne doit pas facilement supposer dans la loi un article inutile; or, si le droit commun était, de tous points, applicable au titulaire d'une fonction amovible ou temporaire, l'article 106 serait tout à fait surabondant; donc, il faut reconnaître qu'il lui fait, à cet égard, une position particulière; et on en conçoit bien le motif: lorsqu'un homme quitte librement et spontanément le lieu où il était domicilié, pour aller s'établir dans un autre, il y a là, dans ce fait principal, un premier et grave indice, une présomption puissante autour de laquelle peuvent se réunir toutes les circonstances secondaires, pour prouver son intention de changer de domicile; mais cette base manque tout à fait, lorsqu'il s'agit d'un fonctionnaire qui ne se rend dans un autre lieu que par la nécessité de sa position et pour obéir à ses devoirs; il n'y a plus alors le fait principal et le plus significatif, le fait du déplacement volontaire; et voilà bien pourquoi l'article 106 déclare qu'il conservera le domicile qu'il avait auparavant, et pourquoi aussi l'article 11 de la loi du 19 avril 1831 disposait que nul individu appelé à une

fonction publique, temporaire ou révocable, n'est dispensé de la double déclaration exigée par l'article 10 pour la translation du domicile politique (comp. Cass., 17 juillet 1830, Petit, Dev., 1830, I, 333; Cass., 24 et 25 avril 1838, Noiret et Volon, D, 1838, I, 208).

On ajoute que, dans l'ancienne jurisprudence, ce principe était si certain, que le Parlement de Paris a jugé, par arrêt du 8 juin 1752, qu'un sieur Carangeaud, né à Paris, mais décédé en Bretagne, après y avoir demeuré pendant *soixante-quatre ans*, avec le titre et les fonctions de directeur des fortifications, avait néanmoins conservé à Paris son domicile, parce que ses fonctions étaient révocables (*Rép. de Denizart*, v° *Domicile; voy.* aussi Cass., 1er mars 1826, Forceville, D., 1826, I, 268).

Je n'hésite pas à penser que cette opinion est contraire au texte même de l'article 106 et aux véritables principes :

D'après l'article 106, le citoyen appelé à une fonction publique, temporaire ou révocable, conserve à la vérité son domicile, mais seulement s'il n'a pas manifesté d'intention contraire ; le texte ne dit pas de quelle manière devra être manifestée cette intention ; il n'a rien de spécial sur ce point et s'en réfère par conséquent au droit commun ; or, d'après les articles 104 et 105, la preuve de l'intention résulte soit des déclarations, soit, à leur défaut, des circonstances ; donc, le texte même de l'article 106 admet la preuve résultant des circonstances ; car, je le répète, ne rappelant pas plus l'article 104 que l'article 105, il se réfère également à tous les deux.

Mais alors il est inutile !

Je réponds que cet article a eu principalement pour but d'établir la différence entre les deux classes de fonctionnaires, et qu'il est là pour faire, avec l'article 107, une sorte d'antithèse et de contraste. Que la loi ait déclaré que l'acceptation de fonctions temporaires ou révocables n'emporterait point, par elle-même et de plein

droit, translation de domicile, cela se conçoit; mais ce qui serait incompréhensible, c'est que l'acceptation de ces fonctions devînt précisément un obstacle à la translation du domicile, d'après le droit commun!

Le déplacement n'est pas alors volontaire, dit-on.

Mais qui donc, en vérité, nous force d'accepter des fonctions publiques? Il y a donc même là aussi une volonté, un choix! la volonté toutefois n'étant pas, dans ce cas, purement spontanée, ni le choix absolument libre, sous certains rapports, la loi a cru que le fait seul de l'acceptation de ces fonctions ne devait pas suffire; à la bonne heure!

Mais si ce fonctionnaire lui-même déplace son domicile, s'il brise toutes ses relations avec celui qu'il avait auparavant, s'il est certain enfin, s'il est évident qu'il a placé son principal établissement dans le lieu de l'exercice de ses fonctions (art. 102), je ne comprendrais pas qu'il n'y fût pas domicilié.... précisément parce qu'il serait fonctionnaire public!

Je crois, au contraire, que ce titre lui-même pourrait devenir alors, au milieu de toutes les autres circonstances, un élément de plus, une preuve de plus de son intention de s'établir dans ce lieu.

Tel était aussi le sentiment de Pothier (*Introd. gén. aux cout.*, n° 15); et si des circonstances particulières n'ont pas déterminé l'arrêt précité du Parlement de Paris, il faut avouer qu'il serait lui-même un argument de plus en faveur de l'opinion que je propose de suivre, et qui est aujourd'hui généralement adoptée (comp. Cass., 11 juillet 1831, Gauthier, Dev., 1831, I, 225; Cass., 20 juin 1832, Duligondais, D., 1832, I, 250; Limoges, 12 mars 1844, Furne, D., 1844, II, 622).

Il y a même un arrêt de la Cour de cassation qui me paraît dépasser la limite et méconnaître à son tour l'article 106, en ne lui accordant pas assez d'effet, tandis que l'opinion contraire lui en accorde trop (comp. Cass.,

25 mai 1835, Renard, D., 1838, I, 112; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, 522; Massé et Vergé, t. I, p. 122).

367. — 5° Enfin, d'après l'article 109, les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, ont le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison.

Cet article est introductif d'un droit nouveau; car, bien que la même question eût été agitée déjà dans l'ancienne jurisprudence, on n'admettait pas, en général, dans ce cas, la présomption légale de domicile (Merlin, *Répert.*, v° *Domicile*, t. IV, § 4, n° 2, et t. XVI, § 2).

Mais le Code Napoléon a considéré qu'il s'agissait ici d'une classe nombreuse de personnes qui n'ont pas le plus souvent d'autre domicile, et qu'une disposition générale sur ce point pourrait être utile et prévenir des embarras et des difficultés.

Cette disposition, d'ailleurs, est fondée en raison, puisque ceux qui travaillent ou servent habituellement chez une personne, et qui demeurent avec elle dans la même maison, ont, en effet, leur principal établissement chez cette personne elle-même, où les retient leur service, où ils exercent l'industrie, l'état, la profession, qui forme leur moyen d'existence.

Aussi, ont-ils, dans tous les cas, leur domicile chez cette personne, lors même qu'ils en auraient eu un autre précédemment (comp. Bordeaux, 8 avril 1829, Riffaud, D., 1829, II, 217).

Il importe de bien entendre notre article, afin de l'appliquer à tous ceux et de ne l'appliquer qu'à ceux pour lesquels il a été fait.

368. — Et d'abord le texte dit : *les majeurs*.

Ce mot pourrait être critiqué sous un double rapport; car, d'une part, le mineur émancipé est certainement compris dans notre article, puisqu'il peut lui-même se choisir un domicile (art. 108); et d'autre part, la femme

mariée aurait toujours son domicile chez son mari, lors même qu'elle se trouverait dans les conditions prévues par l'article 109.

J'en dirais autant d'un interdit, que la cause de son interdiction n'empêcherait pas de servir et de demeurer chez autrui. Le domicile du mari et du tuteur devrait, dans les deux cas, l'emporter. L'article 108 établit un domicile de droit, un domicile nécessaire; tandis que l'article 109 est seulement fondé sur une présomption de volonté, et ne peut dès lors s'appliquer qu'aux personnes légalement capables d'avoir la volonté qu'il suppose (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 123; Demante, t. I, n° 133; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 175).

369. — Des termes de l'article 109, il résulte qu'il comprend tous ceux qui se trouvent, à un titre quelconque, sous la dépendance et la direction du chef de la maison, de l'établissement, où ils demeurent et où ils exercent leur industrie, aux domestiques proprement dits, aux clercs, aux commis, aux intendants, aux précepteurs; et telle est l'acception, depuis longtemps reçue, de ces mots : *serviteurs.... qui servent....* (art. 68, Code de procéd.; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 4, n° 2; Boncenne, *Procéd. civ.*, t. II, p. 206).

Mais on ne pourrait pas y comprendre le fermier; car il ne demeure pas, avec le propriétaire, dans la même maison; le fermier, d'ailleurs, est maître chez lui, dans sa ferme; et enfin, on ne voit pas pourquoi celui qui habite une ferme, en vertu d'un bail dont la durée est ordinairement limitée, perdrait son ancien domicile, lorsque l'individu qui accepte des fonctions publiques, même à vie, mais révocables, conserve le domicile, qu'il avait auparavant (art. 106; Richelot, t. I, p. 340, n° 27; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 123; en sens contraire, Proudhon, dont l'avis est combattu par M. Valette, t. I, p. 248).

Duranton (t. I, n° 374) excepte aussi le garde-chasse, le jardinier d'une maison de campagne, habitant séparément du maître.

Il n'y a pas de difficulté, s'ils habitent une maison qui n'appartient pas à la personne qui les emploie. Mais il en serait de même encore, dans le cas où la maison qu'ils habitent, appartiendrait à la personne qu'ils servent, si celle-ci ne demeurait pas avec eux dans cette maison. La communauté de domicile, qui résulte précisément, en partie, de la communauté d'habitation, ne saurait alors exister; et ces individus n'auraient leur propre domicile dans cet endroit, qu'autant qu'on y reconnaîtrait, d'après les règles générales, leur principal établissement.

370. — Terminons ce sujet par une remarque générale :

Lorsque la cause, sur laquelle est fondée l'attribution légale d'un domicile de droit, vient à cesser, la personne ne recouvre pas l'ancien domicile qu'elle avait auparavant; elle conserve, au contraire, son domicile dans le lieu où la loi l'avait placé, jusqu'à ce qu'elle en ait adopté un autre.

C'est ainsi que la femme, après la dissolution du mariage ou la séparation de corps, ne recouvre pas, de plein droit, le domicile qu'elle avait avant de se marier (L. 22, ff. *ad Municipalem;* Pothier, *Introd. gén. aux cout.*, n° 12; *voy.* pourtant Colmar, 27 juillet 1829, Dischbein, Sirey, 1829, II, 349 ; Cass., 19 mai 1830, Taaffe, Sirey, 1830, I, 325).

CHAPITRE II.

DU DOMICILE D'ÉLECTION OU DOMICILE SPÉCIAL.

SOMMAIRE.

371. — On peut remettre l'exploit à domicile (art. 68, Code de procéd.).

On peut, en matière personnelle ou mobilière, tra-

duire le défendeur devant le juge de son domicile, et en matière réelle (immobilière) devant le juge de la situation de l'objet litigieux (art. 2, 59, Code de procéd.).

Mais aussi, régulièrement, l'exploit ne peut être fait qu'à ce domicile; et le défendeur ne peut être assigné que devant ce juge.

Or, cette nécessité pourrait être souvent fâcheuse et mettre même obstacle à des transactions; on conçoit, par exemple, qu'un Parisien ne voulût pas, en traitant avec un Lyonnais, être obligé peut-être d'aller plaider devant le tribunal de Lyon.

Eh bien! alors, les parties, ou l'une d'elles, peuvent choisir un domicile spécial, plus rapproché, plus commode; le Lyonnais peut élire à Paris, ou le Parisien à Lyon, un domicile d'exception, un domicile fictif et conventionnel pour une certaine affaire déterminée.

Il est clair, d'après cela, que la même personne peut avoir ainsi plusieurs domiciles d'élection distincts et séparés les uns des autres. La loi elle-même, dans un grand nombre de cas, exige cette élection de domicile (art. 176, 2148, Code Nap.; 61, 422, 559, 584, 637, 673, Code de procéd., etc.).

Nous n'avons à nous occuper ici que de l'élection conventionnelle de domicile, d'après l'article 111, qui est ainsi conçu :

« Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties « ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exé- « cution de ce même acte, dans un autre lieu que celui « du domicile réel, les significations, demandes et « poursuites relatives à cet acte, pourront être faites « au domicile convenu, et devant le juge de ce domi- « cile. »

Afin d'apprécier les caractères et les effets de cette convention, il importe de la considérer sous deux points de vue :

1° Dans les rapports de la partie, qui a élu domicile, avec la personne chez laquelle elle a placé ce domicile d'élection ;

2° Dans les rapports respectifs des parties elles-mêmes, qui ont formé le contrat, pour l'exécution duquel ce domicile a été élu.

372. — Sous le premier rapport, l'élection de domicile est une espèce de mandat, par lequel je charge une personne de recevoir pour moi les significations qui me seront adressées chez elle.

De là plusieurs conséquences (art. 2003) :

1° Ce pouvoir est révocable ;

2° Il finit par la renonciation du mandataire au mandat, par la mort du mandant, par celle du mandataire, à moins, dans ce dernier cas, que l'élection n'eût été faite, comme cela arrive souvent, chez une personne morale, dans l'étude, par exemple, de tel notaire, considéré plutôt comme fonctionnaire que comme individu. L'élection alors se transmettrait à ses successeurs (comp. Grenoble, 24 août 1830, Dev., 1831, II, 26; Dijon, 22 janv. 1847, Bouillard, Dev., 1848, II, 206).

Ces deux premières conséquences ont été souvent contestées, soit dans l'ancien droit, soit depuis le Code Napoléon (Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 1, et v° *Déclinatoire*, § 1, p. 355-356).

La Cour de Paris, dont l'arrêt a d'ailleurs été cassé, la Cour de Paris, dis-je, avait jugé, par exemple, que celui qui a fait élection de domicile chez une personne, ne peut pas révoquer le mandat qu'il a ainsi donné à cette personne (Cass., 19 janvier 1814, Amyet, Sirey, 1814, I, 68). La Cour s'était déterminée par le motif que ce mandat faisant partie d'une convention, ne pouvait être révoqué par la volonté d'une seule des parties (art. 1134; *voy.* aussi art. 1856).

Mais ce motif même me paraît démontrer que toutes les controverses, qui se sont élevées à cet égard, provien-

nent de ce qu'on n'a pas assez distingué peut-être les deux rapports sous lesquels l'élection de domicile doit être envisagée.

Il n'est pas douteux que la partie en faveur de laquelle cette élection a eu lieu, a le droit d'exiger l'exécution de cette clause du contrat comme de toutes les autres, d'exiger, par conséquent, que l'autre partie ait toujours, quoi qu'il arrive, un domicile élu dans l'endroit désigné par la convention ; et c'est en ce sens que Bacquet a pu dire autrefois que *le domicile, dans ce cas, est plutôt réel que personnel* (*Des droits de justice*, chap. VII, n° 16).

Mais cette partie n'a pas d'ailleurs intérêt à ce que le domicile soit élu chez Pierre plutôt que chez Paul; et à moins que la personne elle-même n'ait été nominativement et individuellement désignée d'un commun accord (ce qui serait exceptionnel), la désignation de la personne chez laquelle est élu le domicile, n'intéresse que celui qui a fait l'élection ; cette désignation crée des rapports particuliers, des rapports de mandant et de mandataire entre celui qui a élu domicile et celui chez lequel cette élection a été faite. Rien donc ne s'oppose à ce que ce mandat finisse par la révocation ou par la mort, mais à la charge, soit par le mandant, soit par ses héritiers, d'élire sans retard domicile chez une autre personne dans le même endroit. Ce n'est alors, entre les parties contractantes elles-mêmes, que la substitution d'un mandataire à un autre (art. 2152).

Je dis : d'élire *sans retard* domicile dans le même endroit, chez une autre personne.

Mais avant que cette nouvelle élection ait encore eu lieu, l'autre partie ferait-elle valablement des significations au domicile d'abord élu chez une personne aujourd'hui décédée?

Pour la négative, on dira : Les significations ne pourraient être faites à ce domicile qu'autant que le décès de la personne n'aurait pas mis fin au mandat ; en effet, la

possibilité légale d'une signification à un domicile élu suppose l'existence actuelle de cette élection et par conséquent du mandat; or, nous venons de dire que la mort du mandataire y a mis fin; donc, les significations ne peuvent plus être faites à ce domicile; car le mandat ne peut pas tout à la fois être fini pour l'un et exister pour l'autre; s'il est fini à l'égard du mandant, il l'est nécessairement à l'égard de son co-contractant. Aussi, Zachariæ, qui pense également que lorsque la personne, chez laquelle on a fait élection de domicile, vient à décéder, on est obligé d'élire domicile chez une autre personne du même lieu, Zachariæ ajoute que *l'accomplissement forcé de cette obligation se poursuit au for du domicile général* (t. I, p. 286). On pourrait remarquer, en outre, que l'article 2156, qui renferme une disposition contraire, doit être considéré comme une exception à la règle générale (note 13 de la même page). Et la Cour de Cassation semblerait avoir consacré cette opinion, qui considère l'article 2156 comme exceptionnel, en décidant que, « *s'agissant d'une manière urgente*, la loi n'a pas voulu soumettre ces actions à des recherches longues et difficiles pour connaître tous les changements qui ont pu s'opérer parmi les créanciers inscrits.... » (Cass., 14 fév. 1843, Ardouin, D., 1843, I, 148.)

J'avoue que cette nécessité où l'on place ainsi la partie, dans l'intérêt de laquelle le domicile a été élu, d'assigner l'autre partie devant le juge de son domicile réel, afin de la faire condamner à élire un nouveau domicile chez une autre personne, j'avoue que cette nécessité me paraît très-fâcheuse et tout à fait contraire à l'intention présumée des parties contractantes.

Je croirais donc que cette partie pourrait toujours, nonobstant la révocation ou le décès de la personne chez laquelle le domicile a été élu, faire les significations à ce domicile, tant qu'une nouvelle élection chez une autre personne ne lui aurait pas été notifiée.

Est-ce à dire que je soutienne maintenant que ce mandat n'est pas éteint par la mort? non sans doute; mais ce que je crois, c'est qu'il a été dans l'intention commune de toutes les parties que ce mandat ne cesserait d'une manière absolue, que lorsque la partie qui a fait l'élection de domicile, ou ses représentants, auraient pu pourvoir à un autre choix, et que, jusque-là, le mandataire lui-même ou ses héritiers sont obligés de le remplir (arg. des art. 1372, 1373, 2007, 2010).

Sous ce rapport, j'appliquerais toujours les articles 2152 et 2156, qui, loin d'être à mes yeux des dispositions exceptionnelles, me paraissent fondés sur des motifs de raison et d'utilité, dans tous les cas, applicables (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 1, n° 8; Delvincourt, t. I, p. 43, note 2; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 528; Massé et Vergé, t. I, p. 130).

3° Enfin, la personne chez laquelle le domicile a été élu, est obligée de transmettre à celle qui l'a choisie, les exploits qui lui sont remis en son nom.

Telle me paraît être, en règle générale, la conséquence naturelle du mandat par elle accepté; s'il en était autrement, l'élection de domicile mériterait certes le reproche qui lui a été fait, de laisser presque toujours la partie intéressée dans l'ignorance déplorable des poursuites dirigées contre elle; telle n'est pas apparemment son intention! (Art. 1991; comp. Cass., 9 mars 1837, Legrip, Dev., 1837, I, 206; Nancy, 22 déc. 1853, Voignier, Dev., 1853, II, 204.)

575. — Entre les parties contractantes elles-mêmes, l'élection de domicile est une des clauses de leur convention; et de ce principe dérivent toutes les conséquences, que nous allons bientôt signaler.

Ce n'est pas toutefois que je veuille dire que cette élection ne puisse être faite que par l'acte même qui renferme la convention.

Il est vrai que M. Emmery, dans l'exposé des motifs

(séance du 12 novembre an XI), a déclaré que « l'élection de domicile doit être faite dans l'acte même auquel elle se réfère;.... » et l'art. 111 paraît, jusqu'à un certain point, porter la trace de cette pensée :

« Lorsqu'un acte contiendra élection de domicile pour l'exécution de ce même acte.... »

Mais il n'en faut pas moins tenir pour certain qu'elle peut être faite à toute époque et par un acte séparé; car c'est là une convention comme une autre, une convention très-licite, que les parties sont libres de faire quand elles le jugent à propos, et qu'elles peuvent par conséquent ajouter, après coup, à une convention antérieure (comp. Cass., 25 nov. 1840, de Maraise, Dev., 1840, I, 127).

374. — Leur convention, à cet égard, peut être formelle ou implicite. C'est un point qui rentre dans le domaine de l'interprétation.

Ainsi, par exemple, on a demandé si l'indication d'un lieu de payement, autre que le domicile du débiteur, n'emportait point, par elle-même, élection de domicile dans ce lieu?

La négative est généralement enseignée, et avec raison : le débiteur, en effet, peut bien s'obliger à faire le payement dans un autre lieu que celui de son domicile, sans consentir, par là, a aller plaider devant un autre juge que celui de son domicile. Cette conséquence ne résulte pas du tout de la simple indication d'un lieu de payement; et la preuve en est dans l'article 420 du Code de procédure, qui consacre l'interprétation contraire, mais seulement en matière de dettes commerciales (comp. Cass., 29 oct 1810, Goisson, Sirey, 1810, I, 378; Paris, 8 juillet 1836, Robert, Dev., 1836, II, 367; Caen, 6 mars 1848, Chéron, Dev., 1848, II, 385; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Domicile élu*, § 2, n° 4; Valette sur Proudhon, t. I, p. 240, note 2; Duranton, t. I, n° 378).

Ce qui est, dans tous les cas, indispensable, c'est qu'il y ait eu, à cet égard, convention faite et contrat formé

(Comp. Cass. 31 déc. 1878, Monneuse, Dev., 1879-I-212.) En conséquence, le pouvoir donné à un mandataire d'élire domicile dans le contrat, qu'il devait passer au nom du mandant, ne saurait constituer par lui-même cette élection, si le mandataire n'a pas effectivement élu un domicile dans le contrat.

La Cour de Cassation avait d'abord jugé le contraire par un arrêt du 24 juin 1806, qui a fait dire à Merlin : « *Legibus, non exemplis judicandum est.* » (*Rép.*, t. XVI, vº *Domicile élu*, § 2, nº 5.)

Mais la Cour suprême, par de nouveaux arrêts, a consacré depuis les vrais principes (Cass., 29 nov. 1843, Patu de Rosemard, Dev., 1844, I, 249).

374 *bis.* — Une question importante s'est élevée souvent, dans ces derniers temps, à savoir :

Devant quel tribunal doit être assignée une société commerciale, qui a un établissement principal dans un lieu, et des établissements accessoirees ou des succursales dans d'autres lieux.

Voilà, par exemple, une société d'assurances, dont le siége principal est à Paris, et qui a des succursales dans les divers départements de l'Empire, à Lyon, à Bordeaux, à Caen.

Ou bien, c'est une compagnie de chemin de fer, dont le siége est à Paris, et qui a des établissements accessoires dans ses différentes gares.

Eh bien ! faudra-t-il, toujours et sans distinction, que les tiers, qui auront traité avec l'une ou l'autre de ces compagnies, les assignent devant le tribunal du lieu où est établie leur principale maison sociale ?

Ou, au contraire, les tiers, qui auront traité avec les représentants des différentes succursales, pourront-ils les assigner devant les juges des lieux où ces succursales sont établies ? (Comp. art. 59, 69-6º, et 70, Cod. de procéd.)

Nous croyons que c'est dans la théorie du domicile d'élection, que l'on doit trouver la solution de cette difficulté.

Demander, en effet, si les sociétés ou compagnies, dont il s'agit, peuvent être assignées devant le juge du lieu où elles ont des succursales, par les tiers, qui auront traité avec leurs représentants dans ces succursales, c'est demander, en d'autres termes, si ces sociétés ou compagnies peuvent être considérées comme ayant fait une sorte d'élection de domicile, dans ces succursales, à raison des affaires qui y seront traitées avec des tiers par leurs représentants?

Or, l'affirmative paraît très-conforme à la vraisemblable intention de toutes les parties aussi bien qu'à leur commun intérêt; est-il possible de croire, par exemple, que l'habitant des campagnes, qui fait assurer son bien par le représentant de la succursale dont le siége est sur les lieux mêmes où il se trouve, consente à être obligé de s'adresser au siége central de la société à Paris, pour faire constater les sinistres, nommer des experts, estimer le dommage, et en poursuivre le payement? En conséquence, n'est-il pas du plus évident intérêt de la compagnie elle-même, de faire une élection de domicile spéciale, dans chacun de ses établissements accessoires, pour les affaires qui y seront traitées? et par suite enfin, n'est-il pas raisonnable d'admettre que telle a été, en effet, de part et d'autre, l'intention des parties?

C'est, effectivement, en ce sens que la jurisprudence paraît se former.

On excepte toutefois, et très-justement, de cette élection de domicile, celles des demandes, qui intéressent les droits généraux de la société, comme, par exemple, sa constitution elle-même; les motifs par lesquels nous venons d'établir que la société peut être assignée devant les juges des lieux, où ses différentes succursales sont établies, démontrent, en même temps, que cette compétence n'est relative qu'aux engagements particuliers, qui ont été contractés envers des tiers par les agents locaux de la société (comp. notre *Traité des contrats ou des obli-*

gations conventionnelles en général, t. V, n° 86 *bis*). Cass., 15 mai 1844, *le Réparateur*, Dev., 1844, I, 394; Cass., 4 mai 1845, *Chemin de fer de Paris à Rouen*, Dev., 1845, I, 273; Cass., 11 juin 1845, *Compagnie du Soleil*, Dev., 1845, I, 700; Cass., 22 mai 1848, *Chemin de fer de Strasbourg*, Dev., 1848, I, 328; Cass., 21 févr. 1849, *Chemin de fer de Montpellier;* et 26 nov. 1849, *la Compagnie la Prudence*, Dev., 1850, I, 44 et 212; Cass., 15 juin 1851, *Chemin de fer de Rouen au Havre*, Dev., 1851, I, 177; Bordeaux, 11 août 1857, *Chemin de fer du Midi;* Montpellier, 17 août 1857, mêmes parties; Montpellier, 26 août 1857, Dolfus; Paris, 12 mai 1858, *Chemin de fer de l'Est*, Dev., 1858, II, 257 à 266; Cass., 14 déc. 1857, *Chemin de fer de l'Est*, Dev., 1858, I, 265; Lyon, 24 juill. 1877, Tharasse, Dev., 1877-2-322; Massé, *le Droit comm.*, t. III, n° 54, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 327; Orillard, *De la comp. des trib. de comm.*, n° 601; Pardessus, n° 1094).

375. — L'élection de domicile est, disons-nous, une clause du contrat.

De là les conséquences suivantes :

1° Elle fait la loi commune des parties et ne pourrait être révoquée que de leur consentement mutuel (art. 1134, 1856).

Il faudrait, bien entendu, excepter le cas où elle n'aurait été stipulée que dans le seul intérêt de la partie elle-même qui a élu domicile.

2° Par suite, si la partie avait élu domicile dans sa propre demeure et au lieu même de son domicile réel, le changement de ce dernier domicile ne détruirait pas cette élection; et la partie devrait toujours avoir un domicile élu dans le même lieu.

Cette clause est tres-usitée, quoique l'art. 111 ne suppose que le cas où l'élection est faite dans un autre lieu que celui du domicile réel; on conçoit qu'elle a précisément alors pour but d'empêcher l'effet du changement de ce dernier domicile (comp. notre *Traité des Contrats ou des*

Obligations conventionnelles en général, t. IV, n° 270; Cass., 24 janv. 1816, Jouenne, Sirey, 1816, I, 198; Bordeaux, 21 juill. 1834, Salles, Dev., 1834, II, 226; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Domicile élu*, § 2, n° 7; Duranton, t. I, n° 381).

3° L'élection de domicile se transmet, activement et passivement, aux héritiers et ayants cause des parties contractantes (art. 1122, 2156; comp. Bordeaux, 21 juillet 1834, Salles, D., 1834, II, 226; Bourges, 6 mars 1840, de Montaignac, Dev., 1848, II, 208).

4° Les tiers, qui n'ont pas été parties dans la convention, ne peuvent pas plus invoquer l'élection de domicile qu'elle ne peut leur être opposée (art. 1165; comp. Cass., 8 juin 1826, Ouvrard, D., 1826, I, 304; Cass., 27 déc. 1843, Hyncelin, Dev., 1844, II, 122; comp. Cass., 15 juill. 1862, Hourdequin, Dev., 1862, I, 933).

5° Enfin, entre les parties elles-mêmes, les effets de l'élection de domicile doivent être déterminés suivant la règle générale en matière de convention, c'est-à-dire d'après leur commune intention (art. 1156), et peuvent être ainsi plus ou moins étendus, suivant leur volonté.

Il faut donc, avant tout, en cas de difficulté sur ce point, consulter les termes du contrat et toutes les circonstances du fait. L'article 111 n'est pas, à cet égard, impératif; ce n'est qu'une loi d'interprétation, fondée sur la volonté probable des parties, et sur l'usage général, interprétation restrictive, et très-justement, parce qu'il s'agit tout à la fois et d'une exception à la règle générale, et d'une renonciation à un droit, au droit qu'avait le défendeur de n'être pas assigné devant d'autres juges que ceux que la loi elle-même désignait.

376. — C'est en conséquence de ces principes qu'il est facultatif au demandeur d'assigner la partie qui a fait l'élection de domicile, soit devant le juge du domicile élu, soit devant le juge de son domicile réel (comp. art. 111 Code Nap. et 59 Code de procéd.).

Comme il est, en général, de son intérêt d'être assignée,

de préférence, devant le juge de son domicile réel, on doit présumer que c'est seulement dans l'intérêt de l'autre partie qu'elle a élu ailleurs domicile; celle-ci peut dès lors, si bon lui semble, renoncer à cette faculté.

Ce motif prouve assez qu'il n'en serait plus ainsi dans le cas où il résulterait de la convention que le domicile a été élu, soit dans l'intérêt commun des parties, soit, *à fortiori,* dans l'intérêt exclusif de celle par qui l'élection a été faite (comp. Cass., 2 févr. 1826, Martin, D., 1826, I, 135; Cass., 14 janv. 1875, Grenié, Dev., 1876, I, 172).

377. — Aux termes de l'article 111, l'élection de domicile n'est réputée, dans le silence des parties, avoir pour objet que *les significations, demandes et poursuites relatives à l'acte* pour l'exécution duquel elle a eu lieu.

Quel est le sens, quelle est la portée de ces mots?

Et d'abord, le demandeur peut-il non-seulement traduire le défendeur devant le juge du domicile élu, mais encore faire remettre dans ce lieu les exploits relatifs à l'acte?

Les parties peuvent sans doute, ainsi que nous l'avons dit, séparer ces effets; et le domicile peut n'avoir été élu qu'à l'effet de plaider devant un autre juge que celui du domicile du défendeur, les exploits devant être d'ailleurs, suivant le droit commun, remis à sa personne ou à son domicile réel (Merlin, *Rép.*, t. III, v° *Déclinatoire*, § 1, p. 356).

Mais, en général, l'article 111 attribue le double effet à l'élection de domicile :

« Les significations pourront être faites *au domicile convenu et devant le juge de ce domicile.* » (Comp. Bordeaux, 4 février 1835, Fort, Dev., 1835, II, 411.)

378. — Le payement de l'obligation peut-il être fait au domicile élu?

Pour l'affirmative, on dit : Le domicile est élu pour l'exécution de l'acte : or, le payement n'en est-il pas l'exécution même la plus naturelle et la plus régulière? Aussi,

d'après l'article 1258-6°, les offres de payement sont-elles valablement faites au domicile élu pour l'exécution de la convention.

Je ne pense pourtant pas qu'il en soit ainsi :

D'après l'article 111, le domicile élu n'a pour objet que les *significations, demandes et poursuites ;*

Or, ces termes ne sont relatifs qu'à l'exécution forcée de l'acte ;

Donc, l'exécution volontaire demeure sous l'empire de la règle générale.

Et c'est même ce qui résulte aussi de l'article 1258-6° précité, qui déclare évidemment qu'il n'existe pas de convention spéciale sur le lieu du payement, alors même qu'il existe une élection de domicile.

Enfin, si le payement pouvait être fait au domicile élu, ne pourrait-on pas aussi en conclure que la personne chez laquelle l'élection a été faite a qualité pour recevoir? (Art. 1239 ; *voy.* toutefois Cass., 12 mars 1844, Michel C. Gastineau, Dev., 1844, I, 321.)

Or, nous ne croyons pas que ce pouvoir soit renfermé dans la simple élection de domicile faite chez un tiers; la partie qui ne s'explique pas, ne doit être présumée conférer son mandat que dans les termes de l'article 111, qui en restreint précisément l'effet à l'exécution forcée de l'acte (comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général,* t. IV, n°s 151 et 275, et t. V, n° 85; Cass., 23 nov. 1830, Hottot, D., 1830, I, 405; Cass., 21 novembre 1836, de Préaulx, D., 1837, I, 53; Duranton, t. I, n° 377; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 527; Massé et Vergé, t. I, p. 128; Richelot, t. I, n° 281).

379. — L'élection de domicile n'a donc lieu que pour l'exécution forcée de l'acte.

Mais, même dans ces limites, des difficultés s'agitent encore.

Et d'abord, les significations, demandes et poursuites,

qui auraient pour but l'annulation, la rescision de l'acte, pourraient-elles être faites au domicile élu et devant le juge de ce domicile?

On dira : L'intention probable des parties a été de choisir un domicile spécial pour toutes les difficultés relatives à cet acte (art. 111); or l'action en nullité ou en rescision est relative à cet acte, à son exécution, par cela même qu'elle la conteste. (Comp. Rouen, 30 avril 1870, Langlois, Dev. 1871, II, 75.)

Néanmoins, je pense que cette demande devrait être portée devant le juge du domicile réel.

Le domicile a été élu ; pourquoi ? pour l'exécution même de l'acte, pour les poursuites relatives à cette exécution ; or, la poursuite qui se propose la rescision de l'acte, est directement contraire à ce but ; donc, elle ne rentre pas dans l'article 111.

La partie demanderesse en nullité ne peut pas d'ailleurs se prévaloir des clauses d'une convention qu'elle soutient être nulle ; il y aurait là une inconséquence ; or, l'élection de domicile est une des clauses de la convention ; donc, elle ne peut pas l'invoquer (comp. Bordeaux, 21 juill. 1834, Salles, D., 1834, II, 226; Montpellier, 4 janv. 1841, Caisse hypoth., D., 1841, II, 139; Cass., 6 avril 1842, mêmes parties, D., 1842, I, 221).

Ces deux motifs prouvent assez qu'il n'en serait plus ainsi dans le cas où l'action dirigée contre l'acte ne tendrait pas à le détruire entièrement, et ne contesterait qu'en partie sa validité et son exécution.

Je pense même qu'il faudrait encore excepter le cas de la demande en résolution pour cause d'inexécution des conditions, comme la demande en résolution d'une vente pour défaut de payement du prix. Car ce moyen, bien différent des moyens de dol, ou de violence, ou de défaut de cause, est relatif à l'exécution même du contrat, si bien que les juges peuvent alors ordonner cette exécution, en accordant un délai au débiteur (art. 1184; comp. Cass.,

15 nov. 1843, Féger, Dev., 1844, I, 252; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 129).

380. — La signification du jugement qui condamne le débiteur, peut-elle être faite au domicile élu?

Un certain nombre d'arrêts a consacré la négative; et telle est aussi l'opinion de plusieurs jurisconsultes :

L'article 111 ne permet, dit-on, de faire au domicile élu que les significations et poursuites relatives à l'exécution de l'acte lui-même;

Or, le jugement une fois rendu, les significations sont relatives à ce jugement et non point à l'acte; il s'agit désormais de l'exécution, non point de l'acte, mais du jugement;

Donc, il faut en revenir à la règle générale (comp. Agen, 6 fév. 1810, Sommabère, Sirey, 1814, II, 193; Colmar, 20 mars 1810, Lévy, Sirey, 1810, II, 237; Cass., 29 août 1815, Varry, Sirey, 1815, I, 430; Colmar, 17 mai 1828, Sirey, 1828, II, 117; Cass., 24 janv. 1865, Chanu, Dev., 1865, I, 127; Merlin, *Rép.*, t. XVI, vº *Domicile élu*, § 2, nº 10; Duranton, t. I, nº 379).

Mais cette opinion me semble contraire au texte non moins qu'à l'esprit de l'article 111.

Les significations, demandes et poursuites relatives à l'acte peuvent être faites au domicile élu; or, la signification du jugement qui condamne le débiteur à exécuter l'acte, est certainement une signification relative à cet acte, une poursuite relative à l'exécution de cet acte; donc, elle peut être faite au domicile élu.

Il ne s'agit plus de l'acte, dit-on; il ne s'agit plus que du jugement.

Mais, est-ce que le jugement a fait disparaître l'acte? (L. 29, ff. *De novationibus.*) Est-ce que cet acte n'est pas toujours le titre du créancier? est-ce que le jugement enfin n'est pas précisément le moyen par lequel le créancier veut obtenir l'exécution de l'acte lui-même?

Aussi pensons-nous que l'on peut signifier au domi-

cile élu non-seulement le jugement, mais encore l'acte d'appel, les commandements, et généralement tous les exploits relatifs à l'exécution forcée (comp. Bruxelles, 30 mars 1807, Sirey, 1807, II, 269; Rouen, 19 févr. 1834, Dev., 1834, II, 586; Delvincourt, t. I, p. 34, note 2; Valette sur Proudhon, t. I, p. 41, n° 4; Richelot, t. I, n° 282; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 525; Massé et Vergé, t. I. p. 120).

381. — Une question, suivant moi, plus délicate est celle de savoir si la signification du transport de l'obligation peut être faite au domicile élu.

Non, a-t-on dit; ce transport n'est pas relatif à l'exécution de l'obligation (comp. Bruxelles, 30 novembre 1809, Huin, Sirey, 1810, II, 247; Duranton, t. I, n° 380; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 527).

L'avis contraire me paraîtrait néanmoins préférable:

Les significations relatives à l'acte peuvent être faites au domicile élu (article 111); or, la signification du transport est certainement relative à l'acte.

On objecte qu'elle ne se rapporte pas à l'exécution.

Mais il me semble, au contraire, que la question de savoir à qui le débiteur devra payer se rattache, et de très-près, à l'exécution même de l'acte. Aussi Merlin, qui professe cette opinion, rapporte-t-il en ce sens le témoignage de Brodeau, qui déjà, sous la coutume de Paris, écrivait « qu'encore bien que la coutume requière que la signifi-« cation du transport soit faite à partie, il suffit qu'elle « soit faite au domicile de la partie; ce qui s'entend du « domicile actuel du débiteur, ou de celui qu'il avait élu « par le contrat ou obligation. » (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Domicile élu,* § 2, n° 8; comp. Cass. 21 déc. 1875, Faye, Dev., 1876, I, 109.)

382. — Il nous reste enfin à savoir s'il y a lieu d'accorder à la partie assignée au domicile élu par elle une augmentation de délai, à raison de la distance entre ce domicile élu et son domicile réel.

C'est une question très-controversée dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Pour la négative, on dit : L'élection transfère fictivement le domicile réel au domicile élu; c'est un changement de domicile, pour une affaire déterminée, il est vrai, mais un changement complet en ce qui concerne cette affaire; donc, le domicile élu doit remplacer, de tous points, le domicile réel; et on peut par conséquent y faire, sous les mêmes conditions et dans les mêmes délais qu'au domicile réel, les significations relatives au contrat (art. 111). La rapidité des poursuites, l'économie de temps sont des résultats précieux, que les parties ont eu précisément en vue dans l'élection de domicile; et telle est si bien la règle générale, que l'article 2185 du Code Napoléon a cru devoir y déroger, mais seulement pour un cas spécial, parce qu'il s'agit alors, pour le créancier inscrit, de prendre une détermination très-grave, sur laquelle il n'a pas pu donner d'avance ses instructions; il s'agit, en effet, de savoir s'il doit ou ne doit pas porter une surenchère; le parti à prendre sur ce point dépend du prix de la vente, du nombre et du montant des créances inscrites; or, précisément tous ces éléments ne lui sont connus que par la notification; donc, il faut que cette notification puisse parvenir à sa connaissance. Mais c'est là une exception qui confirme elle-même la règle générale (comp. Paris, 2 juin 1812, Moitre, Sirey, 1812, II, 345; Cass., 9 juin 1830, Joques, D., 1830, I, 366; Paris, 8 juill. 1836, Robert, Dev., 1836, II, 367; Cass., 14 févr. 1842, Cesbron, Dev., 1842, I, 327; Delvincourt, t. I, p. 43, note 2; Boncenne, t. II, p. 222; Rodière, *Exposit. raisonn. des lois de la procéd.*, t. I, p. 230).

Pour l'affirmative, on répond : L'élection de domicile est une convention, qui doit être interprétée suivant l'intention la plus naturelle et la plus vraisemblable des parties, interprétée même restrictivement, puisqu'elle déroge au

droit commun; or, il n'est pas possible de présumer que la partie qui a fait une élection de domicile, ait voulu s'exposer par là à être jugée et condamnée sans avoir pu se défendre! sans avoir eu le temps même d'être avertie de ce qu'on lui demandait! L'article 2185 est fondé sur ces considérations d'équité, qui sont toujours les mêmes; ajoutez que la simple élection de domicile chez une personne ne saurait renfermer le pouvoir de soutenir les procès dans l'intérêt de celui qui a fait l'élection, procès d'ailleurs qu'il a pu ne pas prévoir, et sur lesquels il lui a été impossible de transmettre à l'avance ses instructions (comp. Bordeaux, 8 mars 1806, Vilatte, Sirey, 1808, II, 143; Agen, 6 fév. 1810, Coulom, Sirey, 1814, II, 93; *voy*. aussi Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Douanes*, § 7, p. 331, et t. III, p. 20, v° *Consuls des marchands*; Chauveau sur Carré, t. I, n° 326).

Je pense, en ce qui me concerne, que cette question ne saurait recevoir, en théorie, une solution absolue.

Je ferai donc quelques distinctions.

Et d'abord, dans les cas d'élection de domicile exigée par la loi, je crois, avec le premier système, qu'il n'y a pas lieu à augmentation de délai; la loi, dans les différentes hypothèses où elle commande l'élection de domicile, en matière de saisies le plus souvent, se propose surtout l'économie de temps, la brièveté des délais; le domicile élu doit donc remplacer, de tout point, à cet égard, le domicile réel; et l'article 2185 me paraît une exception, sous ce rapport, à la règle qui régit l'élection forcée de domicile.

S'il s'agit, au contraire, d'une élection de domicile conventionnelle, nous savons que ses effets dépendent uniquement de la volonté des parties, et que c'est là dès lors une pure question d'interprétation, sur laquelle il faudra toujours, dans chaque espèce, consulter les circonstances particulières; or, au premier rang de ces divers éléments d'interprétation il faut mettre la différence qui

existe entre les affaires commerciales et les affaires civiles (*voy.* Merlin, aux endroits précités); je crois, en effet, qu'en matière commerciale, les parties doivent être présumées, sauf la preuve contraire, avoir entendu obtenir plus de célérité par une élection de domicile, et qu'il n'y a pas lieu dès lors à augmentation de délai; tandis que, en matière civile, il me semble qu'elles devraient être présumées, sauf aussi la preuve contraire, n'avoir pas entendu vouloir priver la partie qui a élu domicile d'une augmentation de délai qui peut lui être très-utile, sans porter le plus souvent aucun préjudice à l'autre partie.

Cette distinction pourrait concilier les différents arrêts précités; car c'est presque toujours dans des affaires commerciales qu'ils ont décidé qu'il n'y avait pas lieu à augmentation de délai.

Au reste, lorsqu'il y a lieu à cette augmentation, il me semble qu'elle devrait être du double, c'est-à-dire calculée d'abord sur la distance entre le domicile élu et le domicile réel, et de plus sur la distance entre ce dernier domicile et le lieu de comparution; car, d'après les motifs précédemment exposés, cette augmentation a pour but de permettre à la partie de porter ou de faire parvenir ses instructions au lieu dans lequel elle est assignée. Ce serait donc le cas d'appliquer l'article 1033 du Code de procédure, qui accorde une augmentation du double, quand il y a lieu à voyage ou envoi et retour; aussi est-il remarquable que l'article 2185 du Code Napoléon accorde, dans ce cas aussi, deux jours par cinq myriamètres, et non pas un jour seulement par trois myriamètres (comp. art. 2185 Cod. Nap. et 1033 Cod. de procéd.).

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU PREMIER VOLUME.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

CHAPITRE IV.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

CHAPITRE PREMIER.

SECTION I.

SECTION II.

§ I.

§ II.

§ III.

CHAPITRE II.

SECTION I.

§ I.

§ II.

SECTION II.

§ I.

§ II.

N° 1.

N° 2.

N° 3.

1°.

2°.

APPENDICE

RELATIF A LA LOI DU 31 MAI 1854 PORTANT ABOLITION DE LA MORT CIVILE.

SECTION II.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

SECTION I.

SECTION II.

TITRE TROISIÈME.

CHAPITRE PREMIER.

SECTION I.

SECTION II.

§ I.

§ II.

CHAPITRE II.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome I, art. 1-111.)

TITRE PRÉLIMINAIRE.

De la publication, des effets et de l'application des lois en général.

TITRE PREMIER.

De la jouissance et de la privation des droits civils.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
19.	199, 208, 222-223.	170-171, 175, 183-184.
20.	207.	173.
21.	198, 224.	169, 185.
22.	244-248.	195-198.
23.	245.	196.
24.	244-246.	195-197.
25.	249-276, 312-315.	199-215, 235-236.
26.	276-284.	215-220.
27.	285-287, 306.	221-223, 234.
28.	288-292.	224-226.
29.	292-293.	226-227.
30.	296-304.	228-232.
31.	292-293.	226-227.
32.	305.	233.
33.	249-253.	200-202.

LOIS NOUVELLES RELATIVES AU TITRE PREMIER.

	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
Loi du 22 mars 1849, qui modifie l'article 9....................	182, 201.	163 *bis*, 172.
Loi du 3 décembre 1849, sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France............	172-175.	160 *bis*-160-5°.
Loi du 7 février 1851, concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, et les enfants des étrangers naturalisés....................	186-193, 201-208.	165 *bis*-165-7°, 172-175.
Loi du 29 juin 1867, sur la naturalisation des étrangers en France..	175-176.	160-6°.
Loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile. — Appendice..........................	317-355.	1-36 de l'Appendice.
Loi du 16 décembre 1874, modifiant la loi du 7 février 1851.	186.	163 *bis*.

TITRE DEUXIÈME.

Des actes de l'état civil.

TITRE TROISIÈME.

Du domicile.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

Typographie A. Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.

